

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA CLAUSE A ORDRE
DANS
LES CRÉANCES CIVILES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon
le lundi 15 mai 1905, à 1 heure 1/2*

PAR

Joseph RONEL

Président : M. BAILLY, doyen.

*Suffragants : { MM. PERCEROU, professeur.
HÉMARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1905

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA CLAUSE A ORDRE

DANS

LES CRÉANCES CIVILES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

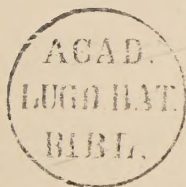
*soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon
le lundi 15 mai 1905, à 1 heure 1/2*

PAR

Joseph RONEL

Président : M. BAILLY, doyen.

*Suffragants : { MM. PERCEROU, professeur.
HÉMARD, agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1905



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — *Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale*, 3^{me} éd., 1879.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 1895-1896.
- BÉDARRIDE. — *De la lettre de change, des billets à ordre et de la prescription*, 2^{me} éd., 1877.
- BEUDANT. — Note sous cass. civ. 8 mai 1878, dans D. 1878. I. 241.
- BOISTEL. — *Précis de droit commercial*, 3^{me} éd., 1884.
- BORNIER. — *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, 1719.
- BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT. — *Traité de droit commercial*, 1862.
- BRUNNER. — *Les titres au porteur français au moyen-âge*, dans Nouv. rev. histor., 1886, pp. 11 et sqq., pp. 139 et sqq.
— *Die Werthpapiere*, dans Endemann : Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts, t. II, pp. 140-235.
- CARLIN. — *Zur rechtlichen Natur der Werthpapiere, mit Berücksichtigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, dans Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1889, t. XXXVI.
- CHALLAMEL. — *De la cession des créances hypothécaires en droit français*. Thèse. Paris. 1878.
- CORDES. — *Begriff und Arten der Werthpapiere, mit Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Kiel, 1898.

- COSACK. — *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches*. Jena. 3^{me} éd., 1901.
- CRESP. — *Cours de droit maritime*, revu par Laurin. 1876-1884.
- DERRAY. — *La clause à ordre*. Thèse. Paris. 1892.
- DELASALLE. — *La clause à ordre et ses effets*. Thèse. Paris. 1885.
- DERNBURG. — *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, t. II : Die Schuldverhältnisse. Halle-a.-S. 2^{me} éd. 1901.
- FELLNER. — *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*. Inaugural. Dissertation-Göttingen. 1888.
- DE FOLLEVILLE. — *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, 2^{me} éd. 1875.
- GIDE. — *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*. 1879.
- GOLDSCHMIDT. — *Miscellen zur Theorie der Werthpapiere*, dans Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1882, t. XXVIII.
- *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3^{me} éd., 1891.
- VON GRÖNING. — *Die Inhaberpapiere*, dans Archiv für civilistische Praxis, t. XLIV, pp. 363 et sqq., — t. XLV, pp. 66 et sqq.
- GRÜNHUT. — *Wechselrecht*. Leipzig, 1897.
- GUILLOUARD. — *Traité de la vente et de l'échange*. 1890.
- HARTMANN. — *Die allgemeine deutsche Wechselordnung*. Berlin.
- HUC. — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*. 1891.
- ERNST JACOBI. — *Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reiches*, dans Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches, von Fischer. T. VIII. 1901, pp. 1-381.
- JOUSSE. — *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*. 1761.
- KUNTZE. — *Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur*. Leipzig, 1857.

- KUNTZE. — *Prinzip und System der Handelspapiere*, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1862, t. VI, pp. 1 et sqq.
- LAMBERT. — *La stipulation pour autrui*. Thèse. Paris. 1893.
- LEFORT. — *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie*, 1894-1900.
- LOCRÉ. — *Esprit du code de commerce*. 1808.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Précis de droit commercial*. 2 vol. 1885.
- *Traité de droit commercial*. 2^{me} éd. 1893.
- MASSÉ. — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*. 3^{me} éd. 1874.
- NEUBECKER. — *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*. 1903.
- NOUGUIER. — *Des lettres de change et des effets de commerce*. 4^{me} éd. 1875.
- PARDESSUS. — *Cours de droit commercial*. 5^{me} éd. 1841.
- PASCAUD. — *Les obligations civiles à ordre, leur validité, leurs avantages*, dans *Rev. critique de législ. et de jurispr.* 1878, pp. 705 et sqq.
- PICHON. — *De l'opposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*. Thèse. Paris. 1904.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsge-setz*. 1897-1902.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*. 2^{me} éd., 1901-1903.
- POTHIER. — *Traité du contrat de change*.
- RIVIÈRE. — *Répétitions écrites sur le code de commerce*, 7^{me} éd., 1875.
- ROCCO. — *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito*, dans *Archivio giuridico*, t. 62, 1899, I, pp. 111-142.
- SALEILLES. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*. 1890.
- SAVARY. — *Le parfait négociant*, contenant les Parères, etc. 1770, in-4°.
- DE SAVIGNY. — *Le droit des obligations*, traduit par Gérardin et Jozon. 2^{me} éd.

- STOBBE. — *Deutsches Privatrecht*. 2^{me} éd.
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*. 2^{me} éd., 1900.
- TOUZAUD. — *Des effets de commerce*. Paris. 1882.
- UNGER. — *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*. Leipzig. 1857.
- VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*. 2^{me} éd. 1878.
- ERCOLE VIDARI. — *Corso di diritto commerciale*. T. II. 5^{me} éd. 1901.
- CESARE VIVANTE. — *Trattato di diritto commerciale*. T. III. 2^{me} éd. 1904.
- *Natura dell'obbligazione assunta sottoscrivendo un titolo di credito*, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1904. T. II, 1^{re} part., pp. 10 et sqq.
- WÆCHTER. — *Wechsellehre nach den deutschen und ausländischen Gesetzen*. Sttuttgart. 1861.
- *Das Wechselrecht des deutschen Reichs*. Stuttgart. 1883.
- WAHL. — *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*. 1891.
- WORMS. — *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*. Thèse. Paris. 1891.

INTRODUCTION

1. — Notre cession de créance est la copie fidèle de la législation romaine. Cristallisée dès avant Justinien, l'institution n'a point souffert des injures du temps et, de sénatus-consultes en lois, de règlements en ordonnances, elle est parvenue intacte jusqu'à notre Code civil, qui conserve toute la rigueur formaliste avec laquelle le Droit romain régla les rapports obligatoires.

Le Droit civil en est resté à cette vieille conception et le crédit lui paraît la chose la moins circulaire du monde, puisque c'est un lien personnel entre deux individus particuliers. L'important est donc pour lui que le transport de créances ne laisse point place à la fraude, que les droits du débiteur et de chaque partie soient exactement sauvegardés. C'est tout le but des formalités requises.

2. — Elles l'atteignent sans doute, mais, semble-t-il, avec peine et nous nous offrons un double inconvénient. La cession est coûteuse, — elle est surtout longue à effectuer. Exiger une signification par huissier ou une acceptation notariée, c'est imposer une dépense et un retard.

Tant que l'industrie est inconnue, le commerce lent et figé dans de vieilles traditions, tant qu'il n'y a ni activité dans les affaires, ni besoin impérieux d'argent et de crédit, peu importe ; l'on attendra, et l'on paiera. La cession reste peu fréquente, presque exceptionnelle.

Or, des conditions favorables au commerce furent lentes à se réaliser en France. Le désordre et l'anarchie avaient suivi la chute de l'empire d'Occident et divisé les peuples, unis jusque-là sous la domination romaine; les relations, devenues impossibles d'Etat à Etat, étaient rendues très difficiles à l'intérieur par le mauvais état des routes. A mesure que la féodalité s'établit, le territoire se fragmente, pour aboutir à un morcellement excessif, à une mosaïque de petits États rivaux, perpétuellement en guerre les uns contre les autres. Tous rapports réguliers d'affaires, tout commerce actif, toute industrie sont impossibles en pareils milieux.

Puis, au ^{xii}^e siècle, ce sont les croisades. Leur résultat immédiat est de drainer les capitaux, d'appauvrir encore le pays. Mais leurs conséquences lointaines sont plus heureuses : elles créent de nouveaux besoins, par le contact avec des civilisations étrangères, et surtout elles conduisent à l'établissement de communications régulières entre les divers pays. La voie est ouverte, le commerce en profite.

Les marchés et les foires s'organisent peu à peu, centralisent, favorisés de privilèges particuliers, l'échange des marchandises de tout l'Ouest de l'Europe. Les foires de Paris et de la Champagne, plus tard celles de Lyon sont le rendez-vous des commerçants de France et d'Italie, d'Espagne et de Suisse, des Flandres et du Brabant, d'Angleterre et d'Allemagne. L'activité de ces grandes assises du commerce devient intense.

3. — Mais le régime des échanges immédiats et directs serait funeste au commerce. Le producteur ne saurait payer comptant et de sa propre monnaie la marchandise qu'il se propose de transformer : il faut,

pour avoir de l'argent, qu'il ait d'abord vendu ses produits. D'autre part, le vendeur ne peut consentir à attendre le paiement s'il doit conserver entre ses mains le titre de créance jusqu'à son échéance : il a un besoin immédiat d'argent pour acheter de nouvelles marchandises, qu'il puisse revendre à nouveau.

Comment faire ? Le seul remède sera de faciliter la transmission du titre souscrit par le débiteur, de sorte que le créancier puisse obtenir indirectement par sa négociation son paiement immédiat.

Mais cette indispensable circulation fiduciaire est loin de trouver dans la cession de créance l'instrument nécessaire. Chaque jour et plusieurs fois par jour, dix fois, vingt fois peut-être, le commerçant, obligé d'acquitter une dette, a besoin de transmettre à son créancier telle ou telle créance qu'il possède lui-même. Lui faudra-t-il autant de fois recourir à l'huissier ou passer chez le notaire ? La perte de temps serait trop forte, celle d'argent pire encore. Ce qui est une simple gêne pour le non commerçant, par suite de la rareté des opérations dans la vie civile, devient un obstacle absolu pour le commerçant, chez qui ces opérations sont de tous les instants.

La nécessité s'imposait de trouver autre chose, de réformer en les simplifiant les règles civiles. Nulle part peut être ne se sent mieux le rôle du droit commercial, avant-garde du droit civil, auquel il montre la route à suivre et fraie le chemin. Une fois de plus, le besoin a créé l'organe sous la forme de la clause à ordre.

4. — Le débiteur, dans le titre où il reconnaît sa dette, va s'engager à la payer non seulement au créancier primitif, mais encore à son ordre, c'est-à-dire à la

personne désignée par lui dans le dernier endossement. Le créancier dès lors n'aura, pour transmettre ses droits contre le débiteur, qu'à l'endosser lui-même. Plus de retard par la nécessité de recourir à un officier ministériel, plus de perte inutile d'argent par l'obligation de le rétribuer. Avantages précieux, aux conséquences aussi fécondes que nombreuses.

Le crédit au producteur et au marchand n'est plus onéreux pour qui le fait, puisqu'il y a possibilité de rentrer immédiatement et sans frais dans ses avances. Donc plus besoin d'exiger en retour des intérêts excessifs qui viendraient augmenter les frais de production et de vente ; plus d'inconvénient à accorder des délais, même prolongés, au débiteur, ce qui va augmenter les capitaux circulants, donc productifs : on ne prêterait pas pour un mois, parce que l'on peut avoir besoin de ses fonds, — on prendra volontiers du papier à trois mois ou plus, car on pourra, s'il le faut, obtenir de suite de l'argent par simple endossement.

Enfin cette circulation fiduciaire va dispenser pour partie de la monnaie et simplifier les rapports juridiques : le débiteur, qui endosse à son créancier une créance sur une tierce personne, opère d'une part une véritable délégation, qui remplace par une seule les deux obligations précédentes, et évite de l'autre un maniement d'espèces.

5. — Ce dernier avantage est particulièrement précieux lorsqu'il s'agit de parties éloignées l'une de l'autre et c'est peut-être bien pour l'obtenir que la clause à ordre fut d'abord imaginée, car c'est dans le contrat de change que nous en trouvons les plus anciens exemples. (1)

(1) Un historique détaillé de la clause à ordre sortirait des limites de notre étude et ne pourrait que reproduire les excellents travaux auxquels

Ses avantages eurent pour inévitable résultat qu'elle y devint rapidement de style et finit par être considérée comme clause essentielle du titre. L'endossement apparaît en France vers 1630, — l'ordonnance de 1673 impose déjà la clause à ordre, à peine de nullité, à toute lettre de change (1). — A côté de celle-ci, l'ordonnance du commerce de 1673 prévoit encore le billet à ordre, c'est-à-dire la reconnaissance de sa dette souscrite par le débiteur, qui s'engage à payer à son créancier ou à son ordre. C'est à propos de ces deux actes que l'ordonnance règle la clause à ordre et l'endossement, en détermine les conditions d'existence et les effets.

6. — La première étape est franchie : la clause à ordre a obtenu la consécration législative. Mais il ne lui suffit pas d'avoir acquis droit de cité dans le vaste corps juridique ; elle va gagner du terrain, trouver de nouveaux cas d'application et lorsque le Code de commerce vient résumer l'état du droit au début du XIX^e siècle il lui faut consacrer les nouvelles positions prises par elle. A côté du billet à ordre (art. 187 C. co.) et de la lettre de change (art. 110 C. co.), où notre clause reste obligatoire, le connaissement (art. 281 in fine C. co.) et le billet de grosse (art. 313 C. co.) peuvent être et sont ordinairement à ordre.

cette matière a déjà donné lieu. Nous nous contenterons donc de renvoyer sur ce point aux études de BRUNNER : Les titres au porteur français au moyen âge, dans *Nouv. rev. hist.*, 1886, pp. 10 et sqq., pp. 139 et sqq. — DEBRAY : De la clause à ordre, *Thèse*, Paris, 1892. — WAHL : Titres au porteur, t. I. — KUNTZE : Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857, t. I. — F. BRANDILEONE : Le così dette clausole al portatore nei documenti medievali italiani, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1903, t. I, 1^{re} part., pp. 375-415. — Cfr. bibliographie détaillée de la matière dans HUVELIN : Droit commercial ; histoire externe et histoire interne, dans *Rev. de syn-thèse historique*, 1904, pp. 226-228.

(1) BIENER : *Wechselrechtliche Abhandlungen*, p. 123.

7. — Puis ce sont des lois successives qui lui accordent place dans des titres nouveaux. La clause à ordre peut être insérée dans les obligations du Crédit Foncier (décret 28 février-9 avril 1852, art. 13, 2^e al.), dans le chèque (loi 14-20 juin 1865, art. 1, 5^e al.), dans les titres émis par les départements, communes et établissements publics (décret 23 juin 1879, art. 10, 11, 15), dans les bons de monnaie (décret 31 octobre 1879, art. 5) et, récemment encore, la loi du 18 juillet 1898, art. 12, l'autorise dans les warrants agricoles.

8. — Toute rapide que paraisse cette évolution législative, elle est pourtant restée en-deçà de la pratique. Les multiples applications qu'elle accorde désormais à la clause à ordre ne sont qu'une faible partie du domaine où cette dernière prétend rendre ses services. Les nombreux avantages qu'elle offre et que nous avons indiqués sont précieux en tout état de cause. Pouvoir transmettre rapidement, presque instantanément, ses droits contre son débiteur n'est pas utile, nécessaire parfois, seulement dans les effets de commerce et titres similaires. Pourquoi s'arrêter à mi-chemin, laisser inemployé cet instrument d'une si merveilleuse commodité ?

Aussi l'a-t-on vu apparaître, timidement d'abord et de loin en loin, bien vite avec plus d'assurance et fréquemment, dans quelques contrats fort divers. Les tribunaux, dans l'obligation de statuer sur les endossements de pareilles créances, où la loi ne prévoit pas la clause à ordre, tantôt hésitèrent d'abord et se contredirent avant d'admettre l'affirmative, tantôt validèrent hardiment et du premier coup l'extension proposée.

9. — Ainsi, dès 1824, fut admise la validité de

l'endossement d'une lettre de voiture, et cela alors même que ladite lettre ne serait pas à ordre (1). C'était aller un peu loin, surtout dans une législation comme la nôtre, qui, à la différence de nombreuses législations étrangères, refuse de sous-entendre la clause à ordre même dans la lettre de change. Aussi la Cour de cassation se contenta de reconnaître que les lettres de voiture pouvaient, aussi bien que les connaissements, être régulièrement négociés par voie d'endossement, mais à cette condition indispensable qu'ils fussent à ordre (2). Solution définitivement adoptée et qui ne souleva d'ailleurs jamais de controverses (3).

10. — L'usage de la clause à ordre dans les polices d'assurances maritimes est bien plus ancien encore. Il remonte fort loin dans notre ancien droit où sa validité ne fit jamais de doute, malgré le silence de l'ordonnance de 1681 sur la marine. Il y a là comme une conséquence forcée de ce que le connaissement peut être à ordre. Dès lors que la marchandise peut, en cours de route, changer de propriétaire, par simple endos du connaissement, cette extrême mobilité exige une égale mobilité de la police, afin que l'assurance garantisse toujours le titulaire actuel (4).

11. — Plus récentes, les assurances sur la vie ne

(1) Trib. corr. Lyon, 24 déc. 1824 et Cour de Lyon, 10 janv. 26. S. C. N. t. VIII (1825-27), II, p. 173 : « Attendu, en droit, que la lettre de voiture est transmissible par la voie de l'endossement. »

(2) Cass. civ. 12 janvier 1847. S. 1847. I. 273.

(3) LYON-CAEN et RENAULT. Précis, t. I, n° 880. — *Traité*, t. III, n° 574.

(4) MERLIN. Rép., V° Police d'assur. (t. XIII), donne deux formules de polices d'assurances maritimes, l'une de Rouen, l'autre de Dunkerque, qui offrent, soit la clause à ordre elle-même, soit une clause équivalente.

tardèrent pas à recevoir la clause à ordre. La discussion fut plus vive. N'avait-on pas contesté la possibilité de la cession ordinaire elle-même ? On s'indignait de voir la vie d'un homme transformée en marchandise. C'était s'abuser étrangement sur la nature réelle du contrat d'assurance sur la vie, qui est, non pas l'indemnisation d'un dommage, mais un procédé de capitalisation aléatoire. La vraie doctrine établie, la cession admise, la clause à ordre le fut bien vite et la jurisprudence la valida et en consacra les effets avec une rare unanimité (1). La légitimité de la clause à ordre dans les polices d'assurance sur la vie apparaît si incontestable que certains auteurs récents, regrettant l'extension de cette clause à ces assurances, se bornent à émettre le vœu qu'elle n'y soit plus insérée, sans même songer à contester sa valeur en droit (2).

12. — L'organisation des filières pour la liquidation des ventes de spéculation commerciale détermina une nouvelle extension de la clause à ordre par son insertion dans ces titres.

La filière est « une pièce émise par le vendeur à terme, lorsqu'arrive l'échéance du marché, et portant proposition de livrer une quantité déterminée de produits, égale à celle qu'il a vendue » (3). Le titre est présenté à l'acheteur ; mais celui-ci, le plus

(1) Dijon, 3 avril 1874 et Paris, 13 déc. 1876. D. 1878. II. 18. — Paris, 2 avril 1879. D. 1876. II. 130. — Riom, 23 janv. 1889. D. 1893. I. 179. — Cass. civ., 6 mai 1891. D. 1893. I. 177. — Cass. req. 22 juin 1891. S. 1892. I. 177. — Cass. civ., 4 mai 1904. *Gaz. Pal.* 1904. I. 738.

(2) Cfr. BAILLY : Observations sur la transmission du bénéfice de l'assurance sur la vie et sur les clauses relatives à cette transmission, dans *Rec. pér. des Assur.*, 1893, p. 312 et sqq. — et : De la clause à ordre dans les polices d'assurances sur la vie et maritimes, t. I, n° 162-203.

(3) THALLER : Droit commercial, n° 1037, 1038 et sqq. — Cfr. LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 191 et sqq.

ordinairement, a déjà revendu, de sorte qu'au lieu de prendre livraison lui-même, il lui faut faire passer à son propre acheteur le titre donnant droit à la livraison. Et ainsi de suite, jusqu'à l'acheteur définitif, qui prend le nom significatif d'arrêteur. Comment réaliser ces transmissions multiples? On devine les inconvénients qu'offrirait le transport civil, inconvénients tels que l'on ne songea même point à l'employer et que, dès l'origine, on eut recours à la clause à ordre dont la jurisprudence s'empessa de valider cette nouvelle application (1).

Sur ces quelques points isolés, le travail sourd et continu de la coutume a obtenu un résultat définitif; lettres de voiture et filières, assurances maritimes et sur la vie, autant de contrats où la clause à ordre apparaît aujourd'hui aussi légitime que dans ceux où la loi l'autorise.

Pour certains, la clause à ordre est devenue de style; il n'est pas de filière qui ne la renferme, tellement elle apparaît un instrument indispensable à sa circulation régulière et rapide. — Dans les autres, elle gagne chaque jour du terrain. Quelle personne bien avisée, en contractant une assurance sur la vie, se priverait, en écartant la clause à ordre, de ce moyen commode de désigner promptement et sans formalités gênantes le bénéficiaire? Et si la rapidité actuelle des moyens de transport a diminué l'intérêt pratique de la clause à ordre dans les lettres de voiture, n'arrive-t-il pas souvent encore que la marchandise expédiée se

(1) Trib. Marseille, 26 avril 1858. *Rec. de Marseille*, 1858. I. 153. — Trib. corr. Marseille, 8 février 1870. *Rec. de Marseille*, 1870. I. 178. — Trib. corr. Havre, 10 oct. 1870. *Rec. du Havre*, 1870. I. 223.

trouve vendue avant d'être arrivée, et que la commodité d'un simple endossement pour transférer le droit à la livraison est appréciée à sa juste valeur ?

13. — Il restait à la clause à ordre une dernière étape à franchir pour atteindre enfin sa généralisation complète : il lui fallait se faire admettre dans les créances civiles ordinaires.

Jusque-là, elle était restée confinée dans le droit commercial ; son introduction dans l'assurance-vie marquait cependant un premier pas sur le terrain purement civil et les services qu'elle y avait rendus montraient bien ceux qu'elle pourrait offrir dans ce nouveau domaine. Le temps et l'argent n'ont pas moins de valeur dans la vie civile que dans les affaires commerciales et l'intérêt existe partout le même, plus ou moins grand, mais également sérieux, d'économiser l'un et l'autre.

On comprend fort bien qu'au moyen âge le besoin ne se fit guère sentir d'un procédé de cession civile rapide et peu coûteux : la terre alors était le seul élément solide de richesse, le seul digne de toutes les garanties, de tous les privilèges. — Les meubles étaient dédaignés, étaient choses sans importance : « *res mobilis, res vilis*, » et notre Code civil, en bien des endroits, a subi l'influence de ces idées anciennes.

Mais depuis lors une évolution économique immense est venue renverser presque les rôles ; la richesse mobilière de la France atteint certainement, dépasse peut-être sa richesse foncière, grâce au développement merveilleux du commerce et de l'industrie, grâce à la création des valeurs de bourse et autres valeurs mobilières. De là une activité intense, non seulement dans les

affaires commerciales, mais dans les affaires civiles ; de là une tendance irrésistible à commercialiser le droit civil, à faire entrer dans ses vieilles formules gênantes, dans ses habitudes lentes et trop circonspectes un peu de la souplesse et de la vie des procédés commerciaux.

Que d'exemples on pourrait citer ! C'est la loi du 18 juillet 1898 qui met à la disposition des agriculteurs un système de prêt sur warrant, analogue à celui que la loi du 28 mai 1858 organisait au profit des commerçants pour leurs marchandises ; — c'est la loi du 5 novembre 1894, relative à la création de sociétés de crédit agricole. Dans un autre ordre d'idées, ce sont toutes les lois si nombreuses qui vinrent supprimer des exigences qui n'ont plus leur raison d'être (ainsi la loi du 7 avril 1900 modifiant l'art. 1153 C. civ. et faisant courir les intérêts de la somme due de la simple sommation de payer et non plus de la demande en justice), — ou simplifier des procédures décidément trop longues et trop coûteuses (ainsi la loi du 2 juin 1841, relative à la saisie-immobilière, modifiant les art. 673 et suiv. C. proc. civ.).

Ce mouvement législatif n'est que la consécration partielle des efforts de la coutume et de la pratique, cherchant sans cesse à accommoder les règles anciennes au mieux des réalités effectives et des besoins nouveaux. Les rapports pécuniaires se sont multipliés à mesure que s'accroissait la fortune mobilière ; la circulation des créances de toutes sortes, devenue chaque jour plus active, a besoin d'un instrument pratique et rapide.

14. — A même situation, même remède. Pressé jadis par des besoins semblables, le commerce avait eu recours à la clause à ordre avec un plein succès ; la

conclusion s'impose d'y recourir aujourd'hui, avec la certitude que le but sera également atteint.

Par elle, les frais d'une signification par huissier ou d'une acceptation authentique seront évités, résultat important pour une créance dont le montant est peu élevé ; s'il s'agit au contraire d'une créance telle que ces frais puissent être considérés comme insignifiants, son utilité apparaîtra surtout en ce qu'elle constitue le procédé de circulation tout à la fois le plus commode, par sa rapidité et son absence de formalités et le plus sûr, par les garanties supérieures de paiement qui en résultent. Et cette règle de l'ordre que les exceptions opposables à l'endosseur ne le sont pas à l'endossataire ne va-t-elle pas encore accélérer la rapidité des négociations ? C'est la suppression de ces enquêtes minutieuses sur la validité de la créance, enquêtes indispensables pour les cessions ordinaires, inutiles dès que l'on peut recourir à l'endossement.

Mais, à côté de ces résultats immédiats et voulus, la clause à ordre en aura d'autres plus importants peut-être encore et qui risquent de passer tout d'abord inaperçus.

Par les facilités de négociation qui résultent de son insertion dans la créance civile, voici le capitaliste à même de rentrer à volonté dans ses fonds ; qu'un placement plus avantageux l'y invite, que des nécessités imprévues l'y obligent et un simple endossement va remettre l'argent à sa disposition. Qu'en va-t-il résulter ? L'accroissement indéfini des capitaux circulants, et par conséquent la productivité intégrale de l'épargne. On ne prêterait point, même à intérêts élevés, s'il faut attendre l'échéance pour être remboursé ; le plus hardi s'as-

sure toujours une réserve disponible. En fait, ces capitaux disponibles sont actuellement énormes ; l'accroissement extraordinaire des sommes en dépôt chez les notaires et dans les caisses d'épargne le prouve surabondamment. L'habitude que l'on a des titres négociables ne suffirait-elle pas, d'ailleurs à faire hésiter devant les placements à longue échéance ? Avec la clause à ordre, le plus prudent pourra engager toute sa fortune, sans crainte d'être pris au dépourvu.

De là une conséquence nouvelle et non moins féconde : l'abaissement du taux de l'intérêt. D'une part, en effet, la valeur des choses est en raison inverse de l'offre et voici une masse de capitaux lancée subitement sur le marché ; en vertu de cette loi de l'offre et de la demande, il va se produire un avilissement automatique de la valeur du capital, donc un abaissement de l'intérêt. — D'autre part, celui-ci trouve une nouvelle cause dans la diminution des risques courus par le créancier, par les facilités de remboursement qui lui sont offertes. Ce nouveau taux de l'intérêt, quoique moins élevé, paraîtra par suite suffisant au capitaliste ; c'est profit intégral pour lui, puisque, sans la clause à ordre, le capital resterait improductif. Pour le débiteur, par contre, c'est la chance inespérée de ressources nouvelles, c'est le salut ou l'agrandissement de ses affaires.

15. — Une objection subsiste cependant. Les conséquences heureuses de l'insertion de la clause à ordre dans les créances civiles sont indéniables, dira-t-on, mais le même résultat ne pourrait-il pas être atteint plus simplement ? Pareille innovation est-elle bien nécessaire ? Le capitaliste trouve à sa disposition tant d'autres placements de commodité pour le moins égale,

de réalisation aussi rapide : un ordre de bourse est bientôt exécuté. Au regard du débiteur, l'abondance, la concurrence des capitaux, qui existent déjà, ne lui permet-elle pas d'en trouver toujours à bon compte ?

16. — Serait-il vrai, pourquoi se priver d'une facilité nouvelle ? Les créances civiles à ordre ne sont point tenues de rendre plus de services que les valeurs de Bourse pour avoir droit à jouir de la même faveur. En fait, n'ont-elles aucune supériorité ? Même sur ce terrain, elles peuvent accepter la lutte.

L'ordre donné par son client à l'agent de change ne sera ordinairement exécuté qu'à la Bourse suivante ; pour que l'opération pût s'exécuter plus rapidement, il faudrait que l'agent trouvât dans sa clientèle une personne qui lui eût donné un ordre, en sens opposé, dans des conditions qui lui permissent de boucler ces deux ordres l'un par l'autre. Les données de l'hypothèse la font nécessairement rare. Se réalise-t-elle, l'agent de change, avant d'opérer, devra faire constater par un membre de la chambre syndicale, l'absence de demandes ou d'offres plus favorables. Au lieu de cela, le titulaire d'une créance civile n'aura qu'à inscrire et signer un endossement de quelques mots. — D'un autre côté, les négociations à la Bourse sont soumises au droit de timbre du bordereau et au courtage de l'agent de change. Pour l'endossement, ni timbre ni courtage.

Donc, même au point de vue exclusif du créancier, la créance civile à ordre possède certains avantages que nulle autre forme de créance n'est à même de lui offrir.

17. — Au point de vue du débiteur, la même conclusion s'impose : il est des cas où l'insertion de la clause à ordre dans l'obligation souscrite permet seule d'obte-

nir à taux raisonnable l'argent nécessaire. — Cela est vrai, surtout pour l'agriculture, qui subit, aujourd'hui encore, des taux beaucoup trop onéreux (1).

Toute la raison en est dans la faible circulation des titres de créances et spécialement des titres hypothécaires.

On recule devant les frais coûteux d'un transport : droit proportionnel de cession, frais de timbre, honoraires du notaire. Circulant peu, la créance ne se convertit en argent que par le paiement de la dette, et pour l'obtenir, il faut trop souvent recourir à la saisie-immobilière, longue et ruineuse. Le créancier qui consent un prêt est obligé par suite de réclamer des intérêts trop lourds ; à côté du revenu naturel de l'argent, il lui faut percevoir une véritable prime d'assurance contre les lenteurs et les difficultés de réalisation du capital. C'est ainsi que le loyer annuel de l'argent est plus élevé pour l'agriculture que pour le commerce ou l'industrie, bien que les profits soient incomparablement moindres et plus incertains. — Il y a plus : le capitaliste ne consentira que bien rarement des prêts à longue échéance ; du jour où il aura lâché son argent, il ne lui restera plus entre les mains qu'une obligation difficilement utilisable, ce qui l'amène fatalement à imposer le délai le plus court possible. Or, le cultivateur ne rentre que lentement dans ses avances ; il faut de longues années pour qu'une plantation nouvelle soit en plein rapport, et si l'on tient compte des mauvaises récoltes, un délai de dix ans paraît un minimum indispensable avant que soit possible un remboursement.

(1) L'enquête ouverte par le Conseil d'Etat, en 1850, montre que les intérêts exigés des agriculteurs varient de 6 à 10 pour 100. — Cfr. CAUVES : *Précis du cours d'économie politique*, 1878, t. I, p. 580 et sqq.

Seule la clause à ordre permettra de concilier, autant que faire se peut, ces intérêts opposés. Le créancier qui pourra facilement recouvrer son capital par un simple endossement, accordera sans peine un plus long terme au débiteur. Il consentira volontiers aussi à toucher un intérêt moindre, puisqu'il pourra toujours se débarrasser de la créance avant le terme et s'éviter les ennuis et les frais d'une saisie. Celle-ci, d'ailleurs, deviendra de plus en plus rare, précisément par suite de l'abaissement du taux de l'intérêt qui va permettre au cultivateur de faire plus aisément face à ses affaires.

18. — Mais un inconvénient subsiste : cette créance à ordre est simplement chirographaire, donc soumise au concours de toutes les autres, donc primée par toutes celles que garantit une sûreté. Il lui faut à elle aussi une sûreté, une hypothèque qui donne toute sécurité au prêteur, en l'assurant contre ce risque des dettes futures, capables de venir diminuer le patrimoine du débiteur : il faut la créance civile hypothécaire à ordre. Par ce moyen, on facilitera le crédit, en donnant à celui qui n'a pas de signature connue ou dont la signature n'inspire que médiocre confiance, la certitude d'être accepté de tous ; une bonne hypothèque sauvera la mauvaise signature. Par ce moyen, on obtiendra directement la mobilisation du sol, sans le recours à des sociétés de crédit foncier, intermédiaires fâcheux en ce qu'ils détournent de leur but réel les capitaux à eux confiés. — Le commerce et l'industrie se sont développés, grâce aux capitaux accumulés en leur faveur ; et pourtant combien précaires sont trop souvent les garanties qu'ils peuvent offrir ! L'agriculteur, au contraire, présente la meilleure des garanties, la terre, mais faute d'instru-

ment juridique approprié, il lui fallait la laisser inutilisée et manquer des capitaux indispensables. Cette simple insertion de la clause à ordre dans la créance hypothécaire atteint le but. L'influence bienfaisante du crédit ne sera-t-elle pas le meilleur remède à la crise agricole (1) ?

On voit les conséquences économiques de la clause à ordre dans le contrat de prêt à intérêt, l'incroyable retentissement de ce coup de clairon qui vient sonner le réveil et lancer dans la mêlée des capitaux jusqu'à inertes et improductifs.

19 — Il en sera de même dans les autres contrats ; les services qu'elle y rendra, pour être de nature différente, n'en seront pas moins précieux.

Prenons, par exemple, les factures. La clause à ordre permet de leur faire jouer, suivant les besoins, deux rôles bien distincts : ou bien elle sera endossée par l'acheteur et circulera comme titre constatant une créance de livraison et donnant au bénéficiaire le droit à la marchandise ; ou bien, acceptée et retournée au vendeur, elle sera endossée par lui, et confèrera à son titulaire le droit au paiement (2).

Dans le premier cas, il est vrai, l'intérêt est diminué par ce fait que la marchandise sera le plus ordinairement mise au transport. Alors en effet, c'est le titre de transport qu'il importe de rendre négociable, puisque la marchandise ne sera délivrée que sur le vu de ce titre et non de la facture. — Sans doute aussi, dans le second cas, les commerçants préféreront tirer une lettre

(1) Voir plus loin le chap. IV du livre II où se trouvent étudiées ces créances hypothécaires à ordre.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. III, n° 63. — THALLER : *Dr. comm.*, n° 1056.

de change du montant de la facture. Mais cette seconde hypothèse peut donner lieu dans la vie civile à des applications intéressantes. Tel le curieux essai de la Société agricole coopérative de Bologne. Pour donner aux agriculteurs du crédit, sans recourir aux effets de commerce dont ils ne veulent point, cette Société s'est avisée de vendre à crédit à ses membres, sous cette seule condition que la facture constatant l'achat fût à ordre et approuvée par le débiteur. Les résultats s'annoncent comme très satisfaisants (1).

20. — Nous avons dit combien fréquente était la clause à ordre dans les polices d'assurances sur la vie et maritimes ; elle est au contraire inusitée dans celles contre l'incendie. Et pourtant elle y serait également précieuse, qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. La vente, la mise en gage, la circulation en un mot des marchandises ne serait-elle pas facilitée par cette faculté nouvelle que la clause à ordre donnerait au propriétaire de transmettre par simple endossement ses droits à l'indemnité en cas de sinistre ? — De même pour les immeubles : en cas de vente, d'échange, etc., le nouveau propriétaire doit avoir soin de faire établir un avenant ou de passer avec la Compagnie d'assurance un nouveau contrat. L'opération est forcément assez longue et la plus grande diligence n'empêchera pas toujours un sinistre d'éclater avant qu'elle soit conclue. Que la police eût été à ordre, un simple endossement aurait suffi et l'acquéreur serait indemnisé.

21. — Suivre toutes les créances civiles pour mon-

(1) A. SRAFFA : Un surrogato della cambiale come strumento del credito agricolo, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1903, t. I, 1^{re} partie, p. 58-63.

trer les avantages économiques obtenus par l'insertion de la clause à ordre est impossible. Les exemples donnés peuvent suffire. La clause à ordre apparaît comme le courant électrique qui vient animer des organismes juridiques trop lents, leur fournir la vitalité intense, l'énergie et la souplesse nécessaires pour les accommoder aux besoins nouveaux.

Mais toutes ces qualités empiriques ne suffisent pas à consacrer notre remède ; l'important ici comme ailleurs est de guérir suivant la formule. La question se pose donc de savoir quelle est en droit la légitimité de l'insertion de la clause à ordre dans une créance civile et quels en sont les effets.

Ce sera le sujet de notre étude que nous diviserons en trois livres :

- 1° De la création des créances civiles à ordre ;
- 2° De leur circulation, c'est-à-dire de l'endossement des créances civiles ;
- 3° De leur extinction.

LIVRE PREMIER

DE LA CRÉATION DES CRÉANCES CIVILES A ORDRE

22. — Avant d'aborder l'examen de la légitimité de l'insertion de la clause à ordre dans une créance civile, un problème se pose à la solution duquel nous consacrerons notre premier chapitre : quelle est au juste la nature juridique de la clause à ordre prise isolément, considérée indépendamment du contrat quelconque qu'elle affecte ?

Ce point acquis, il restera à montrer la légitimité de son extension dans l'état actuel de notre législation, les étapes franchies par la jurisprudence et la doctrine avant d'arriver à la solution nettement et absolument affirmative qui a triomphé. Ce sera l'objet du second chapitre.

Nous terminerons cette étude de la création des créances civiles à ordre par un troisième chapitre, consacré à l'examen de leurs conditions d'existence.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE A ORDRE

23. — Quelle est la nature juridique de la clause à ordre et quels sont par suite ses effets sur le contrat qui la renferme ? Les théories se pressent, nombreuses et contradictoires.

Tout bizarre que cela puisse paraître, nous pourrions presque en laisser de côté l'examen, si nous étudions uniquement les effets de commerce et les actes où la loi prévoit l'insertion de la clause à ordre. Si différents que soient théoriquement ces divers systèmes, si opposés que s'affirment leurs points de départ, ils aboutissent sensiblement aux mêmes conclusions pratiques. Comment pourrait-il en être autrement, puisque leur raison d'être est précisément d'expliquer les solutions législatives ?

Il n'en va point de même pour nous. Dans une matière où la loi reste muette, la doctrine devient indépendante et ses solutions acquièrent une force toute puissante. Nous avons constaté le silence de la loi sur la validité de la clause à ordre dans les créances civiles ; c'est donc à la logique juridique qu'il faut demander la réponse, c'est elle qui doit interdire ou légitimer cette innovation. Or, sur quels considérants baserait-elle sa

décision, sinon sur la nature même de la clause ? Force nous est donc de déterminer soigneusement cette dernière et, pour cela, de faire la revue critique des systèmes proposés : c'est le seul fondement possible d'une réponse motivée.

A mesure d'ailleurs que nous avancerons dans cette étude, on en sentira mieux la nécessité, en voyant, parmi les théories, les unes s'opposer absolument, les autres faciliter au contraire et rendre toute naturelle l'extension de la clause aux créances civiles.

24. — Nous ne nous attarderons pas à rechercher quelle fut sur notre matière la conception des jurisconsultes anciens. L'on ne cherche guère, à l'origine d'une institution, à en donner l'explication scientifique ni le fondement rationnel. On s'attacha d'abord, en présence des créations de la pratique en matière de titre à ordre, à en établir le formulaire, à en prévoir les cas d'application, les conditions d'existence et les effets bien plutôt qu'à en élaborer une construction juridique. Si pourtant il échappe par hasard à un auteur, quelques aperçus sur la nature de la clause à ordre, ce sont simples affirmations que n'était aucun système régulier (1).

Rebuffe explique le droit de l'endossataire en l'assimilant à un mandataire (2). Idée toute naturelle : les endossements antérieurs au xvii^e siècle ne sont, pour la plupart, que des mandats à l'effet de toucher paiement (3).

(1) Sur l'histoire des différentes théories relatives aux droits du porteur et aux effets en général de la clause à ordre, cfr. KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, 2^{er} Abschnitt : *Dogmengeschichte*, pp. 90 à 260.

(2) REBUFFUS : *Commentarius in constitutiones seu ordinationes regias*, Lyon. 1599, t. I : *Tractatus de litteris obligatoriis*, Gloss. IX, n^o 28, 33.

(3) BIENER : *Wechselrechtliche Abhandlungen*, I, § 13, p. 123. — GOLDSCHMIDT : *Universalgesch. des H.R.*, p. 394, note 36.

Pour Bouteiller, il y a *procuratio in rem suam* : l'endossataire est un mandataire, mais dispensé de rendre compte, il est « seigneur de la chose » (1).

En réalité, il est ou cessionnaire ou simple mandataire suivant l'espèce, suivant la rédaction du titre qui variera d'après les relations juridiques existant entre le créancier primitif et son cocontractant (2).

Dans le cas où il est cessionnaire à proprement parler, sur quoi, à cette époque, fondait-on son droit ? Pour Debray (3) ce serait sur une stipulation pour autrui, adjointe à son profit au contrat intervenu entre le débiteur et le créancier originaire ; la stipulation pour autrui était alors fort usitée, et le droit romain n'était pas encore venu lui imposer ses bornes étroites. Mais il est bien douteux que l'on ait songé dès ce moment à une analyse pareille des droits du porteur ; le Grand Coutumier de France accorde tout simplement à celui-ci

(1) Voir l'exposé de la doctrine de Bouteiller dans BRUNNER : Les titres au porteur français du moyen âge, dans *Nouv. Rev. histor.* 1886, p. 39 à 45. — Cfr. SALEILLES : *Théor. génér. de l'oblig.*, n° 269, p. 292.

(2) BRUNNER : *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 198, p. 187, note 17 et p. 188, texte. — KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 24, p. 94 à 98. Quelle que soit sa qualité, le command a toujours droit à recevoir le paiement, pourvu qu'il établisse son titre effectif de command : BRUNNER, dans *Endemann's Hb*, t. II, § 193, pp. 187-188. D'ailleurs le porteur est présumé avoir reçu le titre du créancier, sans quoi il y aurait présomption qu'il l'a soustrait et le délit ne se présume pas : REBUFFE : *In constitutiones regias commentarius*, t. I, *Tractatus de litteris oblig.*, artic. I, Glo. IX, n° 34. — Un paiement ainsi fait est libératoire pour le débiteur : MASUER : *Practica forensis*, tit. 31 : *de Solutionibus, etc.* § 15, p. 274 : « Saepe, in partibus Franciae, debitor promittit et se obligat solvere ipsi creditori, vel ejus procuratori, vel litteras obligatorias deferenti, et sufficit quod solvatur alteri ipsorum ».

(3) DEBRAY : *La clause à ordre*, pp. 31 et sqq.

un droit direct contre le débiteur, sans d'ailleurs en donner l'explication (1).

Au ^{xvii}e siècle, pour Savary, l'endossement fait en vertu de la clause à ordre est une cession semblable à la cession ordinaire, quoique différente de formes (2).

Au ^{xviii}e siècle, Bornier (3) et Jousse (4) reproduisent la même opinion, sans chercher davantage à établir ce qu'ils avancent sur une théorie plus ou moins solidement construite.

Il nous faut arriver au ^{xix}e siècle pour trouver sur la nature du titre à ordre des études plus scientifiques.

25. — Tout titre à ordre, réduit à son schéma essentiel, met en présence deux catégories de personnes : débiteur et créancier, cette dernière catégorie pouvant se subdiviser suivant que l'on est en présence du créancier primitif ou d'un bénéficiaire subséquent.

Il s'agit donc dans cette étude sur la nature du titre à ordre d'analyser et d'expliquer les rapports juridiques existant entre ces différentes personnes, c'est-à-dire entre le débiteur et le créancier originaire ou entre le débi-

1) *Grand Coutumier de France*, III, ch. VI : « A ung porteur de lettres, il ne luy fault point de grâces, pour ce que l'obligation est faicte à luy-mesmes ».

(2) SAVARY : *Parfait négociant*, part. I, liv. III, chap. VII, p. 211 : « ... Cet ordre en faveur d'un tiers, qui porte valeur reçue, équipolle, a la même force et vertu qu'un transport qui aura été signifié. » — *Ibid.*, chap. V, p. 134 : « Un ordre est une cession et transport. »

(3) BORNIER : *Conférence des ordonn. de Louis XIV*, t. II, tit. V, art. XXIII, p. 601 : « Les ordres pour valeur reçue opèrent le même effet que les transports ».

(4) JOUSSE, *Nouveau comm. sur l'ordonn. du commerce du mois de mai 1673*, sous tit. V, art. 24, p. 118 et 119 : « ... Un ordre daté et portant valeur reçue, ainsi qu'il est dit en l'article 23, saisit celui au profit duquel il est passé, le rendant propriétaire de la lettre ou billet, et opère la même chose qu'un transport signifié. »

teur et les créanciers subséquents d'une part, et d'autre part les rapports qui sont nés entre les créanciers successifs, qu'il s'agisse d'un créancier et de son endossataire immédiat ou d'un créancier et d'un preneur subséquent, séparés l'un de l'autre par des bénéficiaires intermédiaires (1).

La tâche est d'autant moins aisée que maintes règles relatives à ces différents rapports ne sont guère en harmonie les unes avec les autres, et apparaissent même contradictoires. Ainsi le maintien à chaque endossataire successif des sûretés consenties au premier porteur est en antinomie avec l'inopposabilité à cet endossataire des exceptions nées du chef de ses auteurs ; la première solution suppose une cession de créance, la seconde exige qu'il n'y en ait pas eu (2). Là gît en somme toute la difficulté ; de là cette foule de théories qui pullulent, moins en France il est vrai qu'en Allemagne, où le problème a été examiné et résolu des manières les plus diverses et les plus originales. La littérature de la clause à ordre est en France moins copieuse et n'a pas la même valeur ; l'on s'y est trop ordinairement contenté des axiômes avancés par la jurisprudence. Aussi devons-nous, pour ne pas être trop incomplet dans notre aperçu des solutions proposées, accorder une large place aux études allemandes sur la matière (3).

(1) Notre livre second étant consacré à l'endossement, nous réserverons, pour les examiner au début de ce livre, les théories dont le but tout spécial est d'expliquer la nature de l'endossement même.

(2) SALEILLES : *Théor. génér. de l'oblig.*, n° 272, p. 294, 295.

(3) Les auteurs allemands qui ont étudié la question l'ont fait le plus souvent à propos du titre au porteur ; mais titre au porteur et à ordre ont pour eux une même nature juridique : ce sont deux variétés d'une même espèce, les *Werthpapiere*, et les différences qui les distinguent ne

Le criterium de classement tout naturel de ces nombreux systèmes est la solution qu'ils donnent à la question essentielle : sur quoi repose le droit du créancier originaire? — Les uns le disent fondé sur un engagement unilatéral du débiteur, — les autres sur un contrat intervenu entre les deux parties, — d'autres encore cherchent à concilier les deux idées.

Nous étudierons ces trois systèmes dans autant de sections distinctes; puis, dans une dernière section, nous dirons quelques mots sur l'importance de l'élément réel dans le titre à ordre, sur le rôle de marchandise ou de papier-monnaie qu'on lui a parfois assigné, etc., toutes théories qui sont ou étrangères à celles que nous allons d'abord exposer, ou communes à la plupart d'entre elles.

SECTION I

DE L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL

26. — La théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté que les Allemands, au siècle der-

touchent pas à leur essence. Voir sur ce point les explications très nettes de KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 104, pp. 441-446. — BRUNNER, dans *Nouv. Rev. hist.*, 1886, p. 162, voit dans la clause à ordre une simple « clause au porteur qualifié ». — BAILLY, *De la clause à ordre dans les pol. d'assur. sur la vie et marit.*, Paris, 1902, t. I, n° 2, p. 22, note 8, et WAHL : *Titres au port.*, t. I, n° 281, p. 216, note 5 admettent cette idée. — SALEILLES : *Théor. génér. de l'oblig.*, n° 272, p. 294 note 3, et WORMS : *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Thèse, 1891, p. 139-140, repoussent avec raison une assimilation aussi complète : dans le titre au porteur, la première personne même avec laquelle on s'engage est généralement inconnue, tandis que dans le titre à ordre il y a discussion et accord régulier de volontés entre deux individus parfaitement connus et spécifiés dans l'acte.

nier, ont remis en honneur, est d'origine française et fut soutenue, sous le nom de pollicitation et pour la matière des donations seule, par le président Favre au xvii^e siècle (1). Les Allemands ont changé le nom et généralisé le raisonnement, — le principe est resté le même.

La vieille classification des sources de l'obligation en contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi serait inexacte parce que incomplète et l'adjonction s'imposerait d'une sixième source : l'engagement unilatéral du débiteur. Le concours d'un tiers ne saurait toujours être imposé à celui qui entend s'obliger, et il importe d'accorder, en certains cas au moins, à la promesse, même non recueillie par un créancier, une valeur propre et une existence juridique indépendante.

27. — Si hardie que paraisse cette conception, qui choque notre esprit habitué aux catégories romaines, le Code civil allemand n'a pas hésité cependant à l'admettre et à l'utiliser dans certaines hypothèses : promesse de récompense (*Auslobung*) (2), fondation ou plutôt promesse de fondation (*Stiftung*) (3), stipulation

(1) FAYRE : *De erroribus pragmaticorum*, décades 47 et 48 ; son système est expliqué par LAMBERT : *De la stipulation pour autrui* (Thèse de droit romain), pp. 249-258, § 242-251.

(2) *Bürgerliches Gesetzbuch* § 657-661. La manifestation de sa volonté de récompenser lie celui qui l'a faite, sans aucune intervention de celui qui aura droit à la récompense (§ 657) ; on peut s'interdire à soi-même toute révocation, et cette irrévocabilité résulte même tacitement de l'insertion dans la promesse d'un délai pour l'obtention de la récompense (§ 658) : autant de règles qui montrent bien l'absence dans cette réglementation de toute idée contractuelle. — Cfr. SALEILLES : *Théor. générale de l'oblig.*, nos 138 et 143. — COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, 4^{me} éd., 1903), § 153, pp. 560-563. — PLANCK : *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. II, pp. 401 et sqq. sur § 657 et sqq.

(3) BURG. G. B. § 80-88. Toutefois, nous ne trouvons pas trace dans ces

pour autrui (1), et titre au porteur (2). Quant aux titres à ordre, le Code civil allemand n'en parle pas, car c'est matière commerciale et qui lui échappe ; mais les Motifs dont le projet est accompagné font observer que les mêmes principes leur sont applicables (3).

Cette solution législative est le résultat d'une lente élaboration doctrinale antérieure, constituée par une quantité de systèmes, unis sur certains points, différents sur les autres, et qu'il nous faut passer en revue.

28. — L'aboutissant extrême de l'idée d'engagement unilatéral est la théorie de la personnification (Personifikationstheorie) : le titre créé par le débiteur acquiert une sorte de vie propre, devient le support réel, le représentant effectif du droit (4) ; le titre est le véritable créancier (das Papier ist Gläubiger). Bekker et Stein sont les principaux partisans de cette opinion (5). Le porteur tient son droit, non de son auteur, mais du papier lui-même ; et comme nul ne peut donner ce

articles d'une application législative de la Personifikationstheorie, comme le prétend WORMS : *Thèse*, p. 159 note 3. — Cfr. COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, § 36, pp. 117-123. — BUFNOIR : *Traduc. du C. C. allem.*, t. I, note sous le § 81.

(1) BURG. G. B. § 328-335. L'engagement unilatéral n'est plus ici aussi nettement apparent que dans les deux premiers cas. — PLANCK : *Bürg. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. II, sur § 328, pp. 107 et 108. — BUFNOIR : *Traduc. du C. C. all.*, t. 1, note sous § 328.

(2) BURG. G. B. § 793-808.

(3) WORMS : *Thèse*, p. 96.

(4) B. HARTMANN : *Die allgemeine deutsche Wechselordnung*, p. 65 ; « De tels titres de créance ne sont pas de simples instruments probatoires ; ils se montrent les supports et les représentants du droit (die Träger und Representanten des betreffenden Forderungsrechtes) ».

(5) BEKKER und MÜLLER, dans *Jahrbuch des gemeinen Rechts*, 1857. — STEIN : *Skizze einer Theorie der Ordre- und Inhaberpapiere*, dans *Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung*, t. XXII, 1871. — Les considérants d'un arrêt d'Aix, 3 décembre 1888. S. 1889. II. 25 reproduisent cette théorie.

qu'il n'a pas, si le papier peut conférer un droit, une créance, c'est qu'il en est le titulaire. Pour être plus clair encore, le papier est le sujet du droit (subjectives dingliches, aktives Realrecht), et le créancier agit en qualité de maître du papier (Herr des Papiers) et non de titulaire du droit attaché au papier ; il est, peut-on dire, *loco creditoris*, simple mandataire de la créance.

29. — L'énoncé de pareilles idées les réfute déjà, et nulle preuve n'est fournie de toutes ces affirmations ; dès lors qu'il faut une personne pour faire vivre le droit, qui établira que cette personne est un mandataire du titre et non un véritable créancier ? Qui pourra démontrer cette évolution étrange qui d'un papier fait une personne juridique ? D'autre part, si le porteur n'est qu'un représentant, de quel droit s'attribue-t-il le bénéfice de la créance ? Il lui faut rendre compte ; mais à qui ? Répondre qu'il est dispensé de rendre compte, n'est-ce pas le reconnaître titulaire du droit qu'il exerce ? (1)

30. — La plupart des partisans de l'engagement unilatéral ont une doctrine de tout autre valeur ; ils ont si bien fait qu'ils ont fini par l'emporter, ainsi que nous l'avons vu, sur les défenseurs de la théorie contractuelle dans la législation allemande. En France même, il serait facile de retrouver chez maint auteur, et dans plus d'une décision de la jurisprudence des traces de leurs idées et certaines de leurs solutions.

(1) KUNTZE: *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 118, pp. 525-530 expose et réfute la Personifikationstheorie telle qu'elle est présentée par Bekker et Muther. Aussi ne faut-il voir qu'un simple rapprochement sans idée d'assimilation dans cette comparaison qu'il fait § 88, IV et 89, entre le titre au porteur et une créature civile, leur vie à tous deux se divisant en trois étapes : naissance (Entstehung), circulation, extinction.

Malheureusement, la théorie de l'engagement unilatéral ne forme pas un tout homogène ; unis sur les points essentiels, ses tenants entrent en lutte dès que les questions à résoudre se spécialisent et se rapprochent de la pratique. Leur terrain d'entente se limite, en somme, à la nature de l'acte d'où naît l'obligation : pour eux, l'existence du droit repose sur la seule volonté de l'engagé, celle-ci n'ayant plus besoin que d'être fixée ; cette volonté est la seule créatrice, et celle de l'acquéreur ne vient pas s'unir proprement à elle, mais s'y adjoindre accessoirement, non pour créer mais pour parachever. Le droit a pour tous ce caractère très net d'unilatéralité (1).

L'origine de la créance ainsi fixée, tout le monde tombe également d'accord qu'il faut bien pour sa mise en exercice l'entrée en scène d'un nouveau personnage. Mais la nécessité du créancier, une fois reconnue, il s'agit d'établir dans quelles conditions il doit apparaître, et dès lors nous nous trouvons en présence d'opinions plus ou moins voisines, qui vont de l'absence totale de conditions imposées au créancier à une sévère réglementation.

31. — La théorie de la création (*Kreationstheorie*), est en quelque sorte le système-type de l'engagement unilatéral : le titre une fois créé, le droit a pris naissance et ne réclame, pour avoir toute son efficacité, qu'une prise de possession par un premier preneur.

(1) KUNTZE : *Die Lehre v. d. Inhaberpap.* § 82, p. 355 : « Diese (Wille des Erwerbers) ist nicht produktiver, sondern nur Perfektionswille ». Et § 83, p. 362 : « Il y a deux volontés en présence, mais elles ne sont pas sur un pied d'égalité ; une des deux seule est active et créatrice, l'autre n'est que passive et complémentaire (der eine allein aktiv und produzierend, der andere nur passiv und ergänzend) »,

Or, cette prise de possession, indépendante du droit, ne saurait influencer sur lui ; pourquoi paralyser ce droit, dont l'existence juridique est parfaite, en exigeant du possesseur telle ou telle qualité qu'il ne réaliserait pas toujours ? Le souscripteur est lié par sa parole, et cela aussi bien envers un simple détenteur qu'envers un véritable possesseur du titre, aussi bien au profit d'un voleur qu'à celui d'un acquéreur légitime (1).

C'est le système de Grünhut (2). « La dette fondée sur la déclaration unilatérale du débiteur, incorporée dans le titre, est soumise pourtant à cette condition naturelle, sous-entendue, parce que imposée par la nature des choses (*conditio juris quæ tacite negotio inest*), que le papier arrive aux mains d'une tierce personne qui accepte le rôle de créancier... Ce qui n'empêche pas que la seule souscription ait suffi à créer une valeur en puissance (*Wertpotenz*)... La manière dont le titre arrive aux mains du possesseur de bonne foi est indifférente... Dès que le papier, avec ou malgré la volonté

(1) SIEGEL : *Das Sersprechen als Verpflichtungsgrund*, pp. 127 et 128, soutient l'inutilité chez l'acquéreur d'une acquisition régulière (*Erwerbs-handlung*). — KONRAD COSACK : *Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1901), t. II, § 269, déclare que la souscription d'un titre à ordre étant un acte unilatéral (*einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*) ne dépend en rien des qualités de la partie prenante ; il restera valable, même mis en circulation contre la volonté de son auteur ; et § 257, p. 339 : « Il a créé le papier ; cela ne l'oblige pas encore, mais crée pour lui la possibilité d'être ensuite obligé même dans des circonstances indépendantes de sa volonté. (Dass er das Papier « kreiert » hat, verpflichtet ihn noch nicht, aber es schafft die Möglichkeit dass er durch den Hinzutritt weiterer von seinem Willen unabhängiger Umstände demnächst verpflichtet werden wird) ». — Cfr. SALEILLES, *Théor. générale de l'oblig.*, p. 300, nos 275 et 276, et p. 301 note 2, où il montre la jurisprudence allemande nettement opposée à ce système en matière de titres à ordre.

(2) GRUNHUT, *Wechselrecht*, t. I, § 28, pp. 272-285.

du débiteur, a pris sa course, il y a obligation... Le droit du possesseur de bonne foi doit être indépendant de toutes circonstances, de toutes modifications étrangères au titre, non révélées par un examen attentif, tout comme le droit de l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble est libre de toutes les charges non indiquées sur les registres. » Tant pis pour le volé !

Le § 687 du premier projet de Code civil allemand ne craignait pas de consacrer législativement ce système, contraire à toute équité : pour lui, tout porteur était créancier, eût-il acquis le titre frauduleusement (*unredlicherweise*). La seconde commission comprit le danger et rejeta le texte admis en premier lieu (1).

Kuntze, à qui est due la *Kreationstheorie* (2), ne va pas aussi loin, ou du moins cherche, par un détour, à atténuer autant que possible les résultats pratiques de sa théorie : le voleur aura bien l'action née du titre qu'il s'est approprié, mais il sera paralysé par une exception de dol (3).

(1) GOLDSCHMIDT, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXXVI, p. 136, critique sévèrement cette première rédaction du Code allemand.

(2) KUNTZE : *Prinzip und System der Handelspapiere*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1862, t. VI, pp. 1 et sqq. : « La confection d'un effet de commerce n'est pas un contrat, mais un acte unilatéral et pour ainsi dire un acte de création (*ein, sozusagen, Kurationsakt*), semblable à l'*ultima voluntas* du droit romain ».

(3) KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 78 à 87. Le titre créé, peu importe la voie par laquelle la créature du souscripteur est lancée dans la circulation. La création est l'acte décisif, non l'émission (*die Kuration ist die entscheidende Thatsache, nicht die Emission*, § 88, III). Voir aussi p. 372, § 86. Son point de départ est la formule connue : celui qui souscrit une obligation enchaîne sa volonté dans les termes de l'écrit « *Wer eine Skripturobligation beabsichtigt, seinen Willen, so wie er gebunden sein soll, in das Papier fasst* ». (*cod. loco*, p. 357). L'écrit terminé, la volonté de s'engager est, pour ainsi dire, sortie du débiteur, elle s'est objectivée (KUNTZE, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. IV,

Kuntze et Siegel se retrouvent d'accord pour conférer à l'obligation ainsi née un caractère abstrait (1). La volonté créatrice du droit, en se manifestant dans la rédaction de l'acte, agit indépendamment de toute cause déterminée. Dès lors que le papier suffit à la fondation du lien juridique et émane d'une seule personne, il n'y a rien à considérer en dehors du papier, par conséquent aucune relation individuelle de l'acquéreur futur : l'obligation est donc abstraite.

32. — Des nombreux jurisconsultes qui ont admis les principes énoncés par Kuntze (2), la plupart les ont plus ou moins profondément modifiés. Nous avons vu Bekker, Siegel et leurs partisans les pousser à ce point extrême où la logique confine à l'absurde ; ceux dont il nous reste à parler, tout en admettant l'engagement unilatéral, caractéristique du système de Kuntze, l'atténuent de plus en plus et repoussent maintes des conclusions qu'en tire ce dernier.

§ 14, I, p. 70). Aussi, que le papier vienne à être perdu avant sa mise en circulation, le souscripteur est pourtant obligé et doit payer. Pourquoi alors, en cas de vol, paralyser par une *exceptio doli* l'action du voleur ? Kuntze explique cette anomalie, qui semble bien contraire à la volonté du débiteur, en distinguant deux sortes de volontés : l'une qui crée un papier destiné à circuler, l'autre qui met, à un moment donné, le papier dans le commerce pour qu'il produise ses effets. — Cfr. l'habile critique de la Kreationstheorie faite par Ernst JACOBI : *Die Werthpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reiches*, dans *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess*, 1901, t. VIII, pp. 170 et sqq.

(1) KUNTZE : *Prinzip und System der Handelspapiere*, dans *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, 1862, t. VI, pp. 3 et sqq., IV : Abstraktion, développe longuement cette idée.

(2) KUNTZE, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. IV, 2^e Abtheilung, 1884, § 11, n° 4, p. 58, énumère, incomplètement d'ailleurs, ses partisans : BORCHARDT et JACOBI, dans *Weiske's Rechtslexicon*, XIV, pp. 287-293. — ENDEMANN : *Das Handelsrecht*, 3^e éd., § 83 n° 13 et 17, § 86, n° 13. — BLASCHKE : *Das osterr. Wechselrecht*, 7^e éd., § 19, a, E.

Pour Blunstschli (1), bien qu'on ne puisse, en matière de titres à ordre ou au porteur parler de contrat, cette expression n'est pas absolument inexacte ; il faut bien en effet que la volonté du débiteur, incorporée dans le papier et continuant à agir, se rencontre avec celle du preneur ; pour qu'il y ait obligation, débiteur et créancier doivent s'affirmer, fût-ce par deux actes unilatéraux. La création du papier produit une obligation éventuelle (mögliche), la prise (Nehmen) du papier, une obligation effective (wirkliche). Quant au créancier, pour les titres au porteur, c'est le possesseur, et la preuve contraire ne serait pas admise ; mais sa bonne foi est indispensable et ce n'est qu'à cette condition que celui qui acquiert le titre du voleur devient créancier (2).

Rocco (3) accorde bien à la volonté unilatérale du

— VON GROENING : *Die Inhaberpapiere* dans *Archiv. für civil. Praxis*, t. XLIV, pp. 363, et t. XLV, p. 66 et sqq. (spéc. pp. 96 et 97). — DERNBURG : *Das preuss. Privatrecht*, II, § 12, 87, 89, et *das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, t. II, 1^{re} Abth., § 147, II, pp. 33 et sqq. — IHERING, dans son *Jahrbuch*, t. X, p. 454. — BÄHR, dans *Jherings Jahrbuch*, t. XIV, p. 413, etc., etc.

(1) BLUNTSCHLI : *Deutsches Privatrecht*, 3^e éd., revue par Dahn, Munich, 1864, § 165 : Entstehung und Umlauf der Inhaberpapiere.

(2) Nous avons vu plus haut que GRUNHUT (*Wechselrecht*, t. I, § 28, p. 272-285, se range à la Kreationstheorie pure. Dans son ouvrage antérieur : *Die Wechselbegebung nach Verfall* (Wien, 1871, p. 9), il adoptait les idées de Bluntschli : l'acquéreur de bonne foi et en forme légitime d'une lettre de change est seul créancier. Peu importe, d'ailleurs, qu'il y ait eu ou non interruption dans la continuité des endossements, pourvu que l'endossataire ne soit pas lui-même l'auteur de l'interruption (par vol, etc.), et pourvu qu'il n'ait pas succédé de mauvaise foi à l'auteur de cette interruption. — Mais comment peut-il y avoir bonne foi de l'endossataire en présence d'une solution de continuité dans la chaîne des endossements ?

(3) Rocco : Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito, dans *Archivio giuridico*, t. LXII, 1899, I, pp. 111-142.

débiteur le pouvoir de s'obliger seule, mais quoique l'obligation ainsi constituée soit parfaite, elle ne produira ses effets que si la mise en circulation du titre a été volontaire. Peu importe d'ailleurs la forme de cette mise en circulation, tradition à proprement parler ou simple déréluction. — Si, d'autre part, on considère l'obligation du côté actif, on voit qu'elle est prise envers une série indéterminée de personnes. De sorte que l'on peut définir le titre de crédit « une obligation unilatérale prise par l'émettant envers une série indéterminée de personnes (possesseurs du titre), obligation qui, par sa nature même, donne naissance à des droits distincts et successifs (eod. loco, n° 20, p. 137). »

33. — Avec la théorie de l'émission (Emissions-theorie), proposée par Stobbe (1), nous nous écartons davantage encore de Kuntze. L'obligation ne prend naissance que par l'émission (Ausgabe) : *traditio facit loqui cartam*. Toutefois, ce n'est pas dire qu'elle ait un fondement contractuel, car il est indifférent que cette émission ait lieu par un acte bilatéral, tel que la *derelictio* volontaire du papier par exemple. L'émission a pour résultat de lier définitivement la volonté qui s'est engagée elle-même. Mais, ainsi que l'observe Goldschmidt, cette *derelictio* n'est en réalité qu'une *traditio ad*

(1) STOBBE : *Deutsches Privatrecht*, 2^e éd., § 171, IV. — L'Emissions-theorie est défendue par ECCIUS FORSTER, *Preussisches Privatrecht*, § 64, note 15 ; — UNGER, dans *Grünhut's Zeitschrift*, I, p. 372 (dans son ouvrage antérieur : *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, Leipzig, 1857, p. 125, il admettait la théorie du contrat) ; — BESELER : *Deutsches Privatrecht*, § 86, IV ; — GERBER : *Deutsches Privatrecht*, 8^e éd., § 161 ; — PERNICE, dans *Zeitsch. für das Handelsr.*, t. XX, p. 298 ; — LEHMANN. *Wechselrecht*, pp. 207 et sqq. — En France, WORMS : *De la volonté unilatérale considérée comme source d'oblig.*, pp. 158-164, soutient l'Emissions-theorie, mais seulement pour les titres au porteur.

incertam personam ; et dès lors, nous sommes bien proches de la théorie du contrat (1).

34. — Carlin n'offre plus avec elle que des différences insignifiantes (2). La rédaction du titre (*Fertigung der Urkunde*) ne suffit pas à parfaire l'obligation du tiré ; ce qui lui manque se trouvera dans le fait de l'acquisition de la propriété par une personne dont le droit est légitimé par le titre même (3). Cette personne, c'est le porteur dans un titre au porteur, c'est l'endossataire dans un titre à ordre. Jusqu'à ce qu'elle ait acquis la propriété du titre, la volonté de s'engager que constate le papier n'a rien d'irrévocable. L'acquéreur illégitime (*unredlich*), le voleur par exemple, n'aura donc aucun droit car il ne devient pas propriétaire du papier ; et il sera repoussé, — différence à souligner entre cette théorie et celle de la création, — non par *l'exceptio doli* mais par la simple affirmation qu'aucune obligation n'existe à son profit. D'ailleurs, bien que la propriété se transfère habituellement par voie de cession (*Eigenthumstübergang*), Carlin repousse hautement tout lien avec l'idée de contrat (4), ce qui nous oblige avec Saleilles (*Théor. gén. de l'oblig.*, n° 276, p. 303, note 2)

(1) SALEILLES : *Théor. générale de l'obl.*, n° 278, p. 305. — GIERKE, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1884, t. XXIX, p. 258, observe très justement que l'Emissionstheorie est bien moins une Kreationstheorie atténuée qu'une Vertragstheorie modifiée.

(2) CARLIN : *Zur rechtlichen Natur der Werthpapieren*, mit Berücksichtigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXXVI, 1889, et spécialement : § 2 : Zustandekommen der schuldnerischen Verpflichtung.

(3) « ... in der Thatsache des Eigenthumserwerbs and der gefertigten Urkunde seitens Eines aus derselben Legitimierten. »

(4) C'est ainsi pour lui que l'incapacité du souscripteur au temps de l'acquisition de la propriété sur le titre est sans importance ; du moment que le titre est valable, il n'y a plus à considérer qu'une chose : le pre-

à le compter au nombre des partisans de l'engagement unilatéral (1).

35. — Le Code civil allemand s'est prononcé de façon très nette, en ce qui concerne les titres au porteur, pour la théorie de la création (2). Le § 794, 1^{er} alin., oblige envers tout porteur régulier le souscripteur d'un titre au porteur perdu, volé, ou mis en circulation contre sa volonté. Et le § 794, 2^e alinéa, décide qu'il est sans influence sur la validité d'un titre au porteur qu'il soit émis postérieurement à la mort ou à l'incapacité du souscripteur. Semblables décisions paraissent

neur (Nehmer) peut-il acquérir la propriété du titre ou non ? Si oui, le souscripteur est lié ; si non, il ne l'est pas.

(1) Pour ne pas allonger indéfiniment cette section, nous ne faisons que mentionner GRAWEIN : *Die Perfektion des Accepts*, dont la théorie (Aus-händigungstheorie) est proche voisine de celle de Carlin ; il exige simplement en plus la tradition au premier preneur. — GIERKE, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXIX, p. 258 (suivi par PAPPENHEIM, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXXIII, p. 448), a donné de l'Emissionstheorie de Stobbe une modification qui la rend toute contractuelle : il fait de l'émission une première offre de contracter, laquelle produit ses effets non seulement envers le destinataire, mais envers quiconque devient propriétaire du titre. — HOFFMANN, dans *Archiv für deutsches Wechselrecht*, t. V, p. 283, admettrait l'engagement unilatéral d'après KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 33, p. 359, note 3, bien que ledit auteur (p. 259-266) fasse reposer la traite sur un contrat formel (Formalkontrakt).

(2) *Motifs*, t. II, pp. 695 : « La conception qui, à l'encontre de la théorie du contrat, voit dans la force obligatoire de l'engagement unilatéral pris par le débiteur et défini par le papier, la cause de l'obligation du débiteur à la prestation indiquée dans le titre de créance (Schuldverschreibung), tend de plus en plus à être admise par l'ensemble de la doctrine comme par la pratique des tribunaux. En effet, elle seule explique les principes les plus importants qui régissent les relations de droits nées de l'émission du titre de créance au porteur, principes qui ont échappé jusqu'ici à la discussion. » Et les *Motifs* expriment l'opportunité d'étendre cette solution aux titres à ordre, lesquels échappaient par leur nature commerciale au Code en préparation.

bien montrer une adoption complète des principes de l'engagement unilatéral (1).

Quelques auteurs ont cependant voulu soutenir que le Code civil allemand ne repoussait pas la théorie du contrat. Ainsi Cordes (2), qui tourne simplement la difficulté en voyant dans le § 794 une décision isolée, exceptionnelle (*Sondervorschrift*). Ainsi Jacobi (3) pour qui le § 794 ne consacre nullement la *Kreationstheorie*. Cet article ne s'occupe que du tiers acquéreur, puisque le premier créancier reste soumis aux exceptions tirées de son défaut de droit, — ce qui montre bien le but de cette disposition, qui est de favoriser la circulation, laquelle n'a nul besoin que la situation du premier preneur soit meilleure ici que dans les autres obligations.

Mais ces tentatives en faveur de la théorie contractuelle restent impuissantes devant la doctrine nettement opposée des §§ 793-808 du Code civil allemand. — Que décider pour le titre à ordre? La souscription d'un pareil titre constitue-t-elle un engagement contractuel ou unilatéral? La loi reste muette; mais en faveur de l'engagement unilatéral, il y a l'analogie, l'assimilation presque, pourrait-on dire, admise couramment en Alle-

(1) DERNBURG : *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, t. II, 1^{re} Abtheilung, § 147, II, pp. 336 et sqq. Pour le Code civil allemand, dit-il, « le titre au porteur ne fait pas partie des engagements qui ont besoin de l'intervention des deux parties (*empfangsbedürftigen Geschäften*) ». — PLANCK : *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. II, sur § 794, p. 552, dit que le paragraphe 794 a pour raison d'être moins des considérations théoriques que les nécessités de la pratique.

(2) CORDS : *Begriff und Arten der Wertpapiere, mit Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches*. Kiel, 1898.

(3) ERNST JACOBI : *Die Wertpapiere* § 33, pp. 172, 179.

magne entre nos deux espèces de titres, à ordre et au porteur (1).

36. — Le système de l'engagement unilatéral offre de nombreux et très sérieux avantages (2). Logique et raisonnable, il fonde l'obligation sur la seule volonté de s'obliger (*rechtsgeschäftlicher Wille*) du souscripteur ; simple, unitaire (*einheitlich*), il place le débiteur dans la même situation vis-à-vis de chaque porteur ; il explique par suite à merveille l'opposabilité des exceptions combinée avec la conservation des sûretés. Né de la simple rédaction du titre ou de son émission, l'engagement a une valeur propre et indépendante de tout événement ultérieur ; en quelques mains qu'il passe, il demeure ce que l'a fait la volonté du débiteur, chirographaire ou hypothécaire, garanti ou non par un gage ou par une caution. Il vaut entre les mains du dernier titulaire ce qu'il valait entre celles du premier, jamais plus, car le papier impose au droit ses infranchissables limites, jamais moins, car tout créancier se trouve en face du souscripteur dans la situation d'un créancier originaire, et ses droits, fixés par le titre, n'ont pu être modifiés par ses auteurs. Mais surtout la théorie nouvelle répond excellemment aux besoins de

(1) KONRAD COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 269 : *die Ausstellung des Orderpapiers*, II, p. 371. Plus loin (§ 271. VI, 2, pp. 379-380) il note cependant entre titres à ordre et au porteur, une différence, mais concernant seulement l'hypothèque qui peut les garantir : « L'hypothèque attachée à un titre à ordre se distingue de celle jointe à un titre au porteur en ce qu'elle ne provient pas d'un engagement unilatéral du débiteur mais d'un contrat passé entre celui-ci et le créancier actuel. » Cfr. C. C. allem. § 873 et 1108.

(2) KUNTZE les énumère complaisamment en se plaçant au point de vue spécial de la Kreationstheorie dans *Endemann's Handbuch des Handelsr.*, t. IV, p. 74.

la pratique actuelle et spécialement de la pratique commerciale; il est indispensable aujourd'hui que l'on puisse s'engager envers un tiers non partie dans un contrat, ce tiers fût-il indéterminé; cette nécessité, véritable cause du système, n'en est-elle pas la meilleure justification? Elle a contraint la jurisprudence à l'admettre; la doctrine pourrait-elle mieux faire que l'adopter?

37. — Nous ne nous attarderons pas à discuter la valeur théorique de l'engagement unilatéral en général; il forme peut-être bien la meilleure construction juridique qu'on ait encore trouvée du titre au porteur (1). Nous ne nous demanderons même pas si notre législation peut tolérer les tentatives d'importation de cette plante exotique, dont les formes et les produits ont quelque chose d'étrange et qui rompt l'harmonie de nos dispositions traditionnelles, — sans profit d'ailleurs.

Supposons en effet le principe admis, qu'expliquerait-il? « De toutes façons, la déclaration unilatérale que l'on veut prendre pour fondement de l'obligation, à défaut de contrat entre débiteur et créancier, est quelque chose de spécial, de si spécial qu'elle ne mérite pas le moins du monde le nom qu'on lui donne », écrit Scia-

(1) WAHL: *Titres au porteur*, t. I, nos 252-255, pp. 186-196, rejette pourtant ce système, même au point de vue purement théorique et le réfute longuement. Voir aussi GOLDSCHMIDT. *Miscellen zur Theorie der Werthpapiere* dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1882, t. XXVIII, pp. 84-110: *Wechselaccept und Kreationstheorie*, où il critique la Kreationstheorie en matière de titres à ordre et spécialement de lettres de change. — WORMS. De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, *Thèse*, Paris, 1891, pp. 158-164, est un des rares auteurs français qui la soutiennent nettement, et encore ne l'admet-il que pour les titres au porteur.

loja avec quelque raillerie (1). On admet en effet que l'obligation est valable et oblige l'émettant quand la déclaration de volonté qui en est le fondement n'est pas sérieuse (ce qui arrive quand le titre est souscrit par jeu ou pour établir un exemple d'école) (2). On valide le titre quand la déclaration de volonté, — pourvu qu'existe la volonté de s'obliger, — ne va pas au destinataire prévu : cas de vol et de perte. On ne trouve pas de difficulté à admettre que l'obligation apparaît quand manque la cause, quand le titre est arraché par le dol ou la violence, quand il est souscrit par erreur. Cette déclaration unilatérale contenue dans le titre échappe donc à toutes les règles fondamentales et essentielles des actes juridiques. On peut bien se demander : quelle espèce de déclaration de volonté est-ce là ?

La question que nous avons à résoudre pour les besoins de notre sujet est plus facile : il nous suffit de savoir en effet si, dans l'état actuel de la législation française, la souscription d'un titre à ordre constitue bien un engagement unilatéral. Ainsi posé, le problème se résout de lui-même et l'engagement unilatéral s'affirme décidément inadmissible. Prenons par exemple un simple billet à ordre ; comment soutenir qu'il n'y a pas là contrat, accord de volontés, échange de consentements respectifs ? Des deux personnes en présence, pourquoi faire s'effacer l'une, le créancier, la rendre personnage muet et inutile ? Ce n'est plus analyser, c'est

(1) SCIALOJA : La dichiarazione unilaterale di volonta come fonte di obbligazione, dans *Rivista di diritto commerciale* 1904, t. II, 1^{re} partie, p. 402-403.

(2) Cfr. VIVANTE : *Trattato di diritto commerciale*, 2^e éd., T. III, 1904, n° 957, p. 145.

déformer complètement, c'est nier l'intention évidente des parties. Et, puisqu'il y a contrat entre les parties, pourquoi ce contrat ne serait-il pas, ici comme partout ailleurs, la source de l'obligation ?

Commode pour expliquer les titres au porteur émis en masse par un état ou une société et souscrits par des milliers d'inconnus, l'engagement unilatéral n'a plus de raison d'être lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre unique où les deux parties se connaissent parfaitement, où l'acte qu'elles passent résume parfois des rapports juridiques antérieurs fort complexes. Si l'on veut voir un engagement unilatéral dans un pareil billet souscrit par un débiteur au profit de tel de ses créanciers, pourquoi n'en pas voir un dans les créances ordinaires ?

SECTION II

THÉORIES DE LA STIPULATION POUR AUTRUI

38. — Avant d'aborder l'étude des différentes théories contractuelles, il nous faut exposer le système par lequel certains auteurs cherchent à concilier les deux idées d'engagement unilatéral et de contrat, qui apparaissent cependant exclusives l'une de l'autre. On a recouru pour cela au contrat en faveur de tiers, à la stipulation pour autrui, cet instrument juridique si commode et si souple.

Le créancier, en même temps qu'il stipule pour lui-même la prestation indiquée au titre à ordre, la stipule au profit de tous les endossataires successifs. La validité de pareille opération semble certaine ; l'article 1121

du Code civil est respecté, puisque la stipulation au profit du tiers n'est que la condition de la stipulation faite par le créancier pour lui-même ; quant au bénéficiaire, il n'est pas indéterminé, puisqu'il sera connu le jour où la convention doit recevoir effet à son profit, il est simplement futur (1).

Mais la décomposition du titre à ordre en une stipulation pour autrui résoud-elle bien le problème véritable : le maintien des sûretés uni à l'opposabilité au dernier titulaire des exceptions personnelles à ses auteurs ? Il s'agit pour cela de s'entendre sur la nature de la stipulation pour autrui elle-même (2). Si l'on y voit une offre faite par le stipulant au tiers de la stipulation faite en sa faveur, ce dernier n'est plus qu'un ayant-cause du stipulant, soumis par suite aux exceptions opposables à son auteur ; ce qui est contraire aux règles de l'ordre (3). Si l'on fait du stipulant un gérant d'affaires, opérant pour le compte du tiers, on fausse évidemment l'opération que l'on cherche à analyser, en assignant au premier créancier un rôle secondaire, effacé, contraire à la réalité des faits et à l'intention des parties ; la difficulté est d'ailleurs simplement repoussée, non résolue : on comprend que les exceptions opposables au premier créancier ne le soient pas au second, mais pourquoi celles opposables au second ne le seront-elles pas au troisième ?

(1) PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., 1902, t. II, n^{os} 1227 et sqq. et 1236. — BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*, 6^e éd. 1897, t. II, n^{os} 48 et 49.

(2) Voir PLANIOL. *Ibid.*, n^{os} 1217-1226.

(3) Ce système de l'offre est généralement admis par la jurisprudence. Aussi n'a-t-elle jamais cherché dans la stipulation pour autrui l'explication des principes de l'ordre.

39. — Reste que le tiers acquière un droit direct. Repoussée par la jurisprudence, cette idée jouit, dans la doctrine récente d'une faveur marquée. Le droit du tiers naît de la promesse faite par le débiteur et acceptée par le créancier, et il naît à l'instant même où le contrat se forme. Gareis, qui proposa ce système, ne l'appliqua tout d'abord point aux titres à ordre ni à ceux au porteur (1).

MM. Worms, Lambert et Champeau, dans leurs thèses, adoptant l'analyse de la stipulation pour autrui de Gareis, soutiennent l'obligation directe du promettant envers le tiers. Mais il s'agit d'établir le fondement de cette obligation : est-elle contractuelle ? est-elle unilatérale ? Pour Lambert (1), le droit du bénéficiaire est

(1) GAREIS : *Die Verträge zu Gunsten Dritter*. Würzburg. 1873. § 60 et 64. Dans ces titres, le débiteur s'oblige bien en faveur de tiers non parties au contrat et non représentés. Mais ces tiers ne sont investis du droit (berechtigt) que par l'acceptation. On se heurte au formalisme qui régit ces titres (Litteralkontrakte, Formalverträge) ; il faut une prise contractuelle (verträgmässiges Nehmen) du papier, qui fera tomber l'acceptation du créancier précédent, et entraînera par suite l'opposition des exceptions. Or cette exigence est inconnue dans les contrats en faveur de tiers ; la souscription d'un titre à ordre ne rentre donc pas dans leur cadre : « die Ausstellung und das Accept solcher Werthpapiere sind demnach keine Verträge zu Gunsten Dritter. »

(2) LAMBERT. De la stipulation pour autrui, *Thèse*. Paris, 1893, § 67, p. 78 et § 106, pp. 115-116 : « Le droit du bénéficiaire sort du contrat ; il naît de l'accord des volontés du promettant et du stipulant : pendant toute sa durée, il conservera la marque et subira l'influence de cette origine ; il ne se détachera jamais complètement du contrat dont il est né ; ce contrat n'en est pas seulement la source, il en est aussi la mesure... » Cfr. § 108, p. 116. Que devient alors l'opposition des exceptions ? Cela n'empêche cependant pas M. LAMBERT (§ 197, pp. 217-219) de regretter que l'on n'ait pas cherché plus sérieusement à expliquer le titre à ordre par la stipulation pour autrui. — M. GAUDEMET. Etude sur le transport de dettes à titre particulier. *Thèse*, Dijon, 1898, admet les théories de M. Lambert sur la stipulation pour autrui (p. 337, note 1) mais se place au point de vue tout spécial du transport de dettes à titre particulier (pp. 330 à 372.) — De même JULIOT. *Essai d'une nouvelle théorie sur le titre*

contractuel, encore qu'il ne soit pas intervenu dans l'acte. Pour Worms, il y a bien contrat entre le promettant et le stipulant, mais entre le promettant et le tiers, c'est un engagement unilatéral qui est source de l'obligation (1). Habile conciliation ; dans le titre à ordre, le caractère contractuel de l'engagement envers le preneur est maintenu, — la fausse notion que le dernier endossataire est l'ayant-cause des endosseurs précédents est écartée, — l'inopposabilité des exceptions unie à la conservation des sûretés expliquée naturellement.

Mais l'analyse n'est-elle pas contraire à la réalité des faits ? L'engagement unilatéral est par définition une obligation née de la seule volonté du débiteur et qui obtient sa pleine efficacité juridique sans le concours d'aucune autre volonté, engagement pris envers quelqu'un, non avec quelqu'un. Or, dans la stipulation pour autrui, il y a deux parties en présence, il y a convention, avec cette particularité que la prestation sera faite

nominatif et le transfert, Paris, 1904 ; pour lui, le transfert est une stipulation pour autrui « par laquelle le titulaire actuel (stipulant) renonce à son droit au profit de l'établissement débiteur (promettant) à charge par celui-ci de s'engager vis-à-vis du nouveau titulaire (tiers bénéficiaire), par l'inscription du nom de ce dernier sur les registres et par la délivrance à son nom d'un extrait de cette inscription. » Cfr. la critique de ce système par THALLER, dans *Ann. de droit comm.*, 1904, pp. 292 et sqq., où il se plaint à bon droit de l'extension démesurée que prend peu à peu l'article 1121 C. Civ., « texte dont on a dit longtemps, et avec raison, qu'il s'était glissé dans le Code civil par suite d'une entente fautive d'un vieux principe romain et qu'il constituait un véritable hiatus dans notre droit des obligations. »

(1) WORMS. *Thèse*, pp. 146-148, montre le titre à ordre comme « la combinaison d'un contrat et d'une série d'engagements par déclaration de volonté unilatérale. »

non au stipulant, mais à un tiers. Scialoja (1) fait observer justement que cette promesse à un tiers est simplement l'objet du contrat intervenu entre les parties, — que, d'autre part, la révocabilité du droit du tiers au gré du stipulant est en contradiction absolue avec l'idée d'engagement unilatéral du débiteur ; car si ce droit naissait ainsi, immédiatement et en dehors de toute action du stipulant, d'où viendrait à celui-ci le pouvoir de l'anéantir ?

40. — La théorie proposée par Vivante concilie également les deux systèmes du contrat et de l'engagement unilatéral, mais sans recourir à la stipulation pour autrui (2). A la différence de cette dernière, en effet, le titre de crédit a un objet unique, un seul et même contenu pour le premier créancier et pour les titulaires subséquents. Mais sa décomposition juridique donne les mêmes éléments. Donc, l'obligation du débiteur subit la loi du contrat originaire, tant qu'il se trouve en présence de celui avec qui il a traité ; par suite, il pourra lui opposer toutes les exceptions dérivant des rapports qui existent entre eux, révoquer par exemple la donation pour toutes les causes prévues par le code (Rivista, n° 5, p. 12). — A l'égard des possesseurs successifs du titre au contraire, l'écrit est décisif. La volonté unilatérale, telle qu'elle est concrétée dans le titre, dé-

(1) SCIALOJA : La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1904, t. II, 1^{re} partie, pp. 398-399 et les notes.

(2) CES. VIVANTE. *Trattato di diritto commerciale*, 2^e éd., t. III, 1904, n° 952 et sqq ; et : Natura dell'obbligazione assunta sottoscrivendo un titolo di credito, dans *Rivista di diritto commerciale* 1904, t. II, 1^{re} partie, pp. 10-22. — BOLAFFIO. *Archivio giuridico*, t. 57, 1896, II, pp. 294 et sqq, critique l'application que Vivante fait de sa théorie aux titres nominatifs, mais se rallie d'ailleurs à son système, qu'il déclare « una vera conquista della scienza giuridica italiana ».

termine la mesure de l'obligation. Que de sa teneur il résulte que le débiteur voulait s'obliger, il le sera ; sa signature sera le signe caractéristique manifestant cette volonté. Vivante en conclut à l'inopposabilité des exceptions tirées des vices du consentement ou de l'émission (vol, perte, etc.), de la cause et généralement de toutes les exceptions non révélées par l'écrit, au possesseur de bonne foi, dont le droit repose sur la parole du titre (*il cui diritto si appoggia sulla parola del titolo*). Il ne fait exception que pour l'incapacité, qui est toujours opposable pour cause d'ordre public.

41. — Fonder l'obligation envers le tiers sur la déclaration unilatérale de volonté faite dans le titre, c'est tomber sous le coup de toutes les critiques que nous indiquions à la fin de la section précédente contre cette idée (n° 37), — c'est recourir à une théorie bien hypothétique sans profit réel, car finalement le manque de cause, le vice du consentement, sont des vices de la volonté, affectant donc l'engagement unilatéral au même chef que la convention (1).

Admettre l'engagement unilatéral, c'est introduire, à côté des cinq sources traditionnelles d'obligations, contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi (2), une source nouvelle, c'est bouleverser par là les bases de la théorie des obligations de notre Code civil. Jusqu'à

(1) Cfr. la critique de la théorie de Vivante par BONELLI : Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito, dans *Rivista di diritto commerciale* 1904, t. II, 1^{re} partie, pp. 185-194.

(2) POTHIER : *Traité des oblig.*, n°s 2, 113 et 116. — Cfr. PLANIOL : Classification des sources des obligations, dans *Rev. crit.*, 1904, pp. 224-237, où la division traditionnelle est vivement critiquée ; pour l'auteur, les sources de l'obligation se ramènent à deux seulement : le contrat ou la loi. « Toute obligation qui ne dérive pas d'un contrat n'a d'autre cause que la loi (p. 231). »

pareille réforme législative, l'engagement unilatéral doit rester conception toute doctrinale, sans rôle effectif et pratique. — L'explication reste de plus incomplète. Elle montre bien sans doute l'inopposabilité à l'endossataire des exceptions personnelles à l'un de ceux qui l'ont précédé dans la créance ; mais, le droit du porteur naissant de la stipulation primitive, on ne comprend pas pourquoi le vice du contrat originaire n'atteindrait pas une action qui en découle (1). Il nous faut, par suite, abandonner ces tentatives d'explication du titre à ordre.

SECTION III

THÉORIES DU CONTRAT

42. — Le contrat fondement du titre à ordre, source des relations entre débiteur et premier créancier comme de celles entre débiteur et endossataires subséquents, c'est la plus ancienne et, aujourd'hui encore, la plus généralement admise des explications proposées, — c'est la seule qui ait cours en France. Comme l'observe Jacobi (2), « ce n'est pas d'après des hypothèses bizarres, où le papier entre dans la circulation d'une façon exceptionnelle, qu'il faut juger le rapport juridique. Ce serait en tourner la figure la tête en bas. Il faut prendre

(1) Cf. la réfutation du système de la stipulation pour autrui dans Adolphe PICHON : De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre (*Thèse* Paris 1904), pp. 69-75.

(2) JACOBI : *Die Werthpapiere*, § 33, p. 182.

pour base la voie normale suivie par le titre pour entrer en circulation : naturellement c'est le contrat. » (1)

Mais, de même que pour l'engagement unilatéral, l'idée de contrat n'est qu'un point d'appui, un point de départ plutôt, d'où s'éloignent une foule de théories, d'opinions particulières, confondues en une même origine, distinctes, exclusives le plus souvent les unes des autres dans leurs déductions extrêmes. Elles peuvent se diviser en deux classes : pour les unes, il n'existe qu'un seul contrat, celui passé entre le promettant et le créancier originaire, contrat qui se transmet successivement, en sorte que l'endossataire a un droit dérivé de celui de son endosseur, dont il n'est qu'un ayant cause ; pour les autres, les endossataires auraient un droit direct (2), le débiteur ayant contracté avec eux, en même temps qu'il contractait avec le premier créancier. Nous les étudierons dans deux paragraphes distincts.

§ I : Théories contractuelles donnant à l'endossataire un droit dérivé

43. — Le droit romain, à partir de sa renaissance au XII^e siècle, s'infiltra partout peu à peu, finissant par

(1) Cf. VIDARI : *Corso di diritto commerciale*, 5^e éd., t. II, n° 1991. La remise volontaire du titre aux mains du créancier par le débiteur peut seule rendre la promesse active et obligatoire ; alors seulement il y a un débiteur et un créancier, car alors seulement il y a contrat. « Les deux termes (débiteur et créancier) sont nécessairement corrélatifs, l'un ne peut juridiquement exister sans l'autre. Jusque-là les titres ne sont que des morceaux de papier dépourvus de toute valeur juridique. »

(2) Suivant l'expression de HARTMANN : *Das allgemeine deutsche Wechsel-*

s'imposer dans le domaine pratique comme le complément naturel de la loi écrite, et dans la doctrine comme le guide des jurisconsultes, de par sa puissance logique dans l'analyse et son impérieuse unité synthétique (1). Lorsque les romanistes voulurent, suivant leurs principes, analyser le titre à ordre et donner son fondement exact au droit de l'endossataire, constatant que celui-ci était inconnu du souscripteur, qui, par suite, n'avait pu s'engager envers lui, ils en conclurent nécessairement que le porteur devait être, suivant les cas, mandataire ou cessionnaire, que, par suite, son droit restait toujours un droit dérivé et non un droit né directement en sa personne (2).

Cette idée ancienne de^e cession a persisté et, de nos jours, nous la retrouvons au fond des conceptions françaises en matière de titre à ordre (3).

D'après la plupart des auteurs, la créance, née du contrat quelconque intervenu entre le débiteur et le

sel-Ordnung, p. 68, l'endossataire agirait « aus eigenem unmittelbaren Rechte. »

(1) CAMUS. *Lettres sur la profession d'avocat*, 1777, 3^e lettre, pp. 58, 59 et sqq. — ESMEIN. *Cours élémentaire d'hist. du Droit*, 1892, pp. 676 et sqq.

(2) SALEILLES. *Théorie générale de l'oblig.*, n° 270, pp. 292-293, et n° 271. — Voir plus haut, n° 24.

(3) DE FOLLEVILLE. *De la possession des meubles et des titres au porteur*, 2^e éd., 1875, n°s 148-163. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. *Traité de Droit commercial*, 1862, t. III, pp. 145 et sqq. — NOUGUIER. *Des lettres de change et des effets de com.*, 4^e éd., 1875, t. I, n° 694, p. 435. — PARDESSUS. *Cours de Droit commercial*, 5^e éd., 1841, t. II, n° 347, p. 179. — BOISTEL. *Précis de Droit commercial*, 3^e éd. 1884, n° 752. — WAHL. *Titres au porteur*, t. I, n° 281. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis de Droit commercial*, 1885, t. I, n°s 1079, 1089, 1090; *Traité de Droit commercial*, 2^e éd., 1893, t. IV, n°s 110 et 111. — THALLER. *Traité élémentaire de Droit commercial*, 2^e éd., 1900, n°s 1335 et 1454. — DEBRAY. *La clause à ordre*, 1892, pp. 104 et sqq.

premier créancier, est transférée par celui-ci au bénéficiaire de l'endossement; l'endossement est une forme particulière du transfert des créances : c'est la cession du titre à ordre. Aussi la jurisprudence a-t-elle souvent qualifié l'endossement de transfert (1).

De même en Allemagne, avant le Code civil, l'idée de cession, soutenue par de nombreux jurisconsultes (2), était couramment admise par un grand nombre d'arrêts (3).

44. — Pareille théorie se révèle au premier coup d'œil comme expliquant à merveille le maintien des

(1) L'endossement est considéré comme opérant « la transmission de la lettre de change ou du billet à ordre ». Cass. civ. 13 novembre 1821. S. C. N., t. VI (1819-21), I, 514. — Req. 31 juillet 1833. S. 1833, I, 756. — « La transmission de l'action. » Lyon, 1^{re} déc. 1828. S. 31, II, 272. — Cass. civ. 15 juin 1831. S. 1831, I, 412. — Cass. req. 25 janvier 1832, S. 1832, I, 189.

(2) OSKAR WÄCHTER. *Das Wechselrecht des deutschen Reichs*. 1883, § 18, p. 70 et sqq. — SACHSSE, dans *Ztsch. für deutsches Recht*, t. XVII, pp. 29 et 90. — RENAUD. *Das Wechselrecht*, p. 134; — dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1858, t. I, pp. 461 et sqq., il examine à fond la théorie de Kuntze et la combat dans ses points essentiels : caractère abstrait du contrat, unilatéralité, effet novatoire résultant de la seule rédaction du titre, etc., etc. — THIEL, *Das Handelsrecht*, t. II, § 231-232-234. — BINDING. *Der Vertrag als alleinige Grundlage der Inhaberpapiere*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1866, pp. 400 et sqq; pp. 411 et 412, il écrit : « Sur ce point que entre le débiteur et le créancier originaire il y a contrat, aucun doute ne s'élève et ne peut s'élever; il en est de même pour la transmission du papier à un nouveau titulaire, car le droit de ce dernier est évidemment subordonné à une cession (Uebertrag) ». Cf. pp. 416-417. — BRUNNER. *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch des Handelsr.*, t. II, § 194, II, p. 164 : « L'acquisition de la propriété du papier ne fait pas naître un droit nouveau dans la personne de l'acquéreur; c'est en principe le droit qui appartenait au précédent créancier qui passe entre ses mains. » Et il fonde l'inopposabilité des exceptions sur la *publica fides* due au papier.

(3) *Reichs-Oberhandelsgericht*, t. XIX, p. 164. — *Reisgericht*, t. II, p. 90, t. IV, p. 255, t. V, p. 82, etc., etc. — Voir sur ce point FELLNER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, Göttingue, 1888, § 3.

sûretés ; ayant cause du premier créancier, l'endossataire aura les mêmes droits que lui. Mais comment se fait-il qu'il en ait plus ? C'est un axiôme irréfutable en sa banalité que *nemo plus juris ad alios transferre potest quam ipse habet* ; or, le bénéficiaire de l'endossement ne pouvant se voir opposer les exceptions personnelles à son auteur, se trouve dans une situation meilleure que celui-ci, a acquis plus de droits que n'en avait l'endosseur. Entre la cession et l'inopposabilité des exceptions il y aurait donc antinomie ; mais cette antinomie est-elle simple apparence, et une adroite analyse ne la ferait-elle pas disparaître ? On s'y est efforcé et les conciliations proposées ne manquent pas.

45. — Certaines sont fort simples, trop simples même. Ainsi, se borner avec Wahl à dire que les exceptions sont inopposables au bénéficiaire de l'endossement, bien que ce soit un cessionnaire, parce que le débiteur a renoncé à les opposer en souscrivant le titre à ordre (1), ou se contenter avec M. Pichon de voir là une manifestation nécessaire de la volonté collective qui a entendu former et organiser ainsi l'instrument juridique mis à la disposition des parties (2), c'est constater sans expliquer, c'est reconnaître que l'endossement, simple cession, ne produit pas les effets d'une cession ordinaire parce que telle est sa nature, parce qu'il en est ainsi.

(1) WAHL. *Titres au porteur*, t. I, n° 281. — LEFORT. *Traité de l'ass. sur la vie*, t. II, p. 179. D'ailleurs la renonciation du débiteur n'est-elle pas atteinte du même vice que le contrat même et ne pourrait-elle pas être victorieusement attaquée pour la même raison et par les mêmes moyens ?

2) AD. PICHON. *De l'inopposab. des excep. au port. d'un titre à ordre*, 1904, pp. 95-107.

46. — Pour d'autres (1), l'inopposabilité des exceptions résulte de ce que au contrat primitif est jointe une stipulation pour autrui, par laquelle le premier créancier stipule du débiteur qu'il renonce à opposer à tout endossataire les exceptions qu'il aurait pu opposer personnellement à lui, premier créancier. Cette stipulation, imposée par l'auteur du dol, pour prendre un exemple, stipulation que le débiteur ne pourra se prévaloir du dol commis à son préjudice, est une conception originale, sinon très morale puisque son but est d'assurer le bénéfice de son délit à qui l'a commis ; mais, faite en même temps que le contrat principal, la stipulation pour autrui n'est-elle pas entaché du même vice que lui ? et, dès lors, pourrait-on refuser au débiteur le droit d'invoquer, sinon le dol qui vicie le contrat, du moins le dol qui rend annulable cette stipulation ?

47. — Quelques auteurs, pour résoudre la difficulté, assimilent complètement cession de créance et endossement : l'endossement pour eux est une cession simplifiée. Les formalités du transport de créances, très écourtées, réduites à l'état rudimentaire, subsistent toujours. Si les exceptions sont inopposables à l'endossataire, c'est par suite de son acceptation donnée par le débiteur à la cession ; si l'acceptation passe inaperçue, c'est qu'elle a été donnée par le débiteur antérieurement au transfert, lors de la création du titre : pareille antériorité, toute surprenante qu'elle paraisse, est très licite, car l'article 1690 du Code civil, deuxième

(1) NATTAN. L'endossement des titres à ordre. *Thèse*. Paris 1897, pp. 126-137.

alinéa, n'impose aucune condition de temps pour l'acceptation (1). Ses partisans sont pourtant contraints d'avouer que semblable théorie « tout en empruntant les méthodes ordinaires du droit des obligations, force ces méthodes sur un certain point... On ne peut pas d'habitude se lier envers une personne future et incertaine... La reconnaissance directe du nouveau porteur devrait suivre et non précéder sa venue au titre. » Mais ils s'empressent d'ajouter que « il fallait un tel accroc à la logique des principes, à cause du besoin d'assurer la circulation de la traite » (2).

Semblable argument de nécessité risquera de paraître faible, même devant une objection toute théorique, et à combien d'autres ne lui faut-il pas répondre ! L'article 1690 du Code civil qu'on prétend respecter n'est nullement observé ; il exige une acceptation authentique et l'acceptation anticipée sous-entendue dans un titre à ordre est, comme le titre lui-même, sous seing privé. De plus, l'acceptation du débiteur ne saurait avoir ici plus d'effets que dans une cession ordinaire ; or, pour avoir accepté, le débiteur n'en conserve pas moins le droit d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il avait contre le cédant (3). Un immeuble vendu est

(1) THALLER. *Droit commercial*, 2^e éd., n° 1336. Cette théorie a été d'ailleurs abandonnée par l'auteur ; voir plus loin, n° 167, l'exposé du système qu'il soutient dans la troisième édition de son *Traité élémentaire de Droit commercial*. — BEUDANT. Note sous Cass. civ., 8 mai 1878, D. 1878, I, 241 (p. 242, 2^e col.). — DEMAISON. De l'endossement des titres à ordre, *Thèse* Paris 1890, pp. 124-126. — PASCAUD. Les oblig. civiles à ordre, leur validité, leurs avantages, dans *Rev. crit.* 1886, pp. 708-709. — BOISTEL, n° 746.

(2) THALLER. *Droit com.*, n° 1336.

(3) Sauf toutefois la seule exception de compensation : l'article 1295 du C. C. enlève expressément au débiteur qui accepte la cession le droit

nécessairement chez l'acquéreur ce qu'il était chez le vendeur, une créance cédée est nécessairement entre les mains du cessionnaire ce qu'elle était entre les mains du cédant, Donc, non seulement l'inopposabilité des exceptions n'est pas expliquée par cette analyse, mais l'exactitude de cette dernière aurait précisément pour conséquence le droit pour le débiteur d'opposer à l'endossataire les exceptions qu'il pouvait avoir contre l'endosseur (1).

Quant au système proposé par M. Debray (2), il accorde une place trop importante à l'élément réel, au papier, pour que nous ne le renvoyions pas à la section IV où nous étudierons spécialement ce caractère du titre à ordre.

En résumé, toutes les tentatives de conciliation entre l'inopposabilité des exceptions et la cession paraissent avoir échoué ; les deux idées sont bien incompatibles.

§ II : Théories contractuelles donnant à l'endossataire un droit direct

48. — Avant d'aborder l'étude des théories contractuelles qui donnent à l'endossataire un droit direct contre

d'opposer la compensation, droit qu'il aurait au contraire dans le cas où le transfert lui aurait été simplement signifié. Toutes les autres exceptions restent opposables après l'acceptation. PLANIOL. *Droit civil*, t. II, n° 1628.

(1) Aussi, pour certains auteurs, toutes les exceptions sont opposables dans le cas de lettre de change ou de billet à ordre irréguliers. ALAUZET: *Commentaire du Code de com. et de la législation commerciale*, 3^e éd., 1879, t. IV, n° 1342. — NOUGUIER: *Lettre de ch.*, t. II, n° 1472.

(2) DEBRAY. *La cl. à ordre*, pp. 109 et sqq.

le débiteur, une observation préliminaire s'impose : dès lors que l'on accepte cette idée d'un droit direct du preneur, on exclut par là même toute possibilité de cession. Créancier immédiat, le bénéficiaire de l'endossement ne saurait être en même temps cessionnaire de son endosseur. Tout évidente que soit cette remarque, elle était pourtant nécessaire, car la doctrine tombe souvent dans cette contradiction (1) ; simple cessionnaire lorsqu'on étudie sa situation juridique de façon générale, le porteur devient créancier direct dès qu'on parle de l'opposabilité des exceptions, sans qu'on cherche à expliquer cette coexistence en la même personne de deux qualités, inconciliables pourtant (2). — La jurisprudence est plus nette ; certains jugements sans doute parlent à la fois de cession et de droit direct, mais la grande majorité, l'ensemble des arrêts est basé uniquement sur l'existence de rapports immédiats entre endosataire et débiteur (3).

(1) LAON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, disent, au n° 111, que le bénéficiaire de l'endossement est un cessionnaire ; puis, au n° 130, déclarent que « il peut se prétendre directement créancier des obligés. » — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 694 : « La cession opérée par l'endossement est d'une nature toute spéciale : elle ne met pas le porteur seulement aux lieu et place de son cédant, le porteur devient le créancier direct du tireur, de l'accepteur, des endosseurs... » Il n'a d'ailleurs pas d'idée bien précise sur la raison de l'opposabilité des exceptions ; en cinq lignes (n° 720), il en donne trois raisons différentes : fiction légale, — engagement direct, — papier-monnaie ! — La plupart des auteurs reproduisent ces contradictions : BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, pp. 139 et 145 chnées ; — PARDESSUS. *Cours de Droit com.*, t. II, n°s 347 et 415 chnés. — BOISTEL, n°s 752 et 754.

(2) Cf. SALEILLES. *Théorie gén. de l'oblig.*, n° 272, p. 294.

(3) Cass. civ. 18 mars 1850. D. 50, I, 165 : « ... le porteur de l'endossement a pour débiteur direct le souscripteur, sans intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs, qui ne se représentent pas les uns les autres, mais dont chacun a été, de son propre chef, créancier du souscripteur... » — Cass. civ. 3 juin 1891. S. 1891, I, 296 : « Attendu que le

49. — Voyons quel fondement peut être donné à cet engagement direct, au principe admis par la jurisprudence. Beaucoup de théories sont proposées et des plus différentes. Certaines, il est vrai, constatent sans plus : dire que l'engagement direct est une théorie traditionnelle imposée par les besoins de la pratique (1), y voir une fiction légale (2), ou le faire découler de ce que le souscripteur a accepté d'avance le porteur lors de l'échéance pour son créancier (3), n'explique rien ; c'est dresser simple procès-verbal de constat.

50. — Saleilles (4) assimile le titre au porteur et le titre à ordre à une créance où il y a solidarité active ; comparant ces deux sortes d'obligations, il constate que dans l'une et l'autre, il y a incertitude sur la personne qui réclamera le paiement, avec cette seule différence que, en matière de solidarité, le cercle des créanciers est déterminé, l'indétermination portant sur celui qui réclamera la prestation, tandis que, pour le titre au porteur, le cercle des créanciers est indéterminé et l'on ignore qui sera titulaire du droit à l'échéance ; de là, les

porteur d'un titre à ordre qui en est devenu propriétaire par endossement régulier, a pour débiteur direct le souscripteur, sans intermédiaire des endosseurs, qui ne se représentent pas les uns les autres, et n'est ainsi passible que des exceptions qui lui sont personnelles... » — Cf. Cass. civ. 3 février 1847. S. 1847, I, 209. — Cass. 4 août 1852. S. 1852, I, 657. — Cass. 19 mars 1860. S. 1861, I, 168. — Bourges, 14 juillet 1865. S. 1865, II, 288. — Bordeaux, 6 mars 1868, sous cass. S. 1870, I, 217. — Orléans, 24 juin 1868. S. 1868, II, 301. — Cass. 30 mai 1883. S. 1884, I, 154. — Cass. 29 mars 1887. S. 1887, I, 160. — Paris, 6 mars 1903. D. 1904, II, 205. — Cass. civ. 4 mai 1904. *Gaz. du Palais*, 1904, I, 738.

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 130, où ils comparent aussi le titre à ordre à un papier-monnaie.

(2) NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 720 ; voir plus haut, p. 62, note 1.

(3) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, p. 139.

(4) SALEILLES. *Traité génér. de l'oblig.*, n° 268, pp. 289-290.

conditions imposées dans ce dernier cas pour la désignation du créancier, conditions inconnues dans le cas de solidarité active, où elles seraient inutiles. Les deux hypothèses sont semblables, et dans les deux cas, il y a, non pas cession, mais indétermination.

L'assimilation est plus ingénieuse que rigoureusement exacte. Il y a bien indétermination dans l'hypothèse de solidarité active, mais non pas dans celle de titre au porteur ou à ordre ; le créancier est toujours ici rigoureusement déterminé : c'est le porteur ou l'endossataire. Il n'y a jamais incertitude sur celui qui demandera le paiement, comme dans la solidarité active. La créance, il est vrai, peut passer à des personnes qui, elles, sont indéterminées ; or, du jour où elles auront un droit quelconque, elles seront déterminées, par un autre procédé, mais aussi nettement que l'est le cessionnaire d'une créance ordinaire, de telle sorte que l'argument de Saleilles serait aussi exact pour ces créances que pour celles à ordre ou au porteur (1).

M. Albert Thierry (2) propose pour la circonstance la création d'une nouvelle catégorie d'obligations, qu'on pourrait appeler « obligation subjectivement alternative : une obligation qui a un seul objet mais deux titu-

(1) WAHL. *Titres au port.*, t. I, p. 214, note 2, et p. 216, note 5, critique cette idée de Saleilles. Celui-ci, d'ailleurs, ne paraît pas avoir un système bien net ; page 290, note 1, il soutient que « l'idée qui ressort d'un titre à ordre est celle d'une suite de cessions à personnes inconnues, acceptées d'avance par le tireur, avec engagement direct pris par lui et constituant comme une sorte de clause accessoire à la façon d'une stipulation pour autrui. » Or, nous avons vu l'antinomie de ces deux idées d'engagement direct et de cession, soulignées d'ailleurs par Saleilles lui-même, *op. cit.*, loco, n° 272.

(2) ALBERT THIERRY. De la publicité des transmissions de droits personnels. *Thèse Caen*, pp. 248-252.

lares destinés à venir à défaut l'un de l'autre. » Notre droit ne connaît encore d'obligations alternatives que quant à leur objet. Cela ne résoud d'ailleurs pas ce qui est en somme la grande difficulté contenue dans l'idée d'engagement direct : comment se fait-il que soit valable un engagement pris envers une personne incertaine (1) ?

51. — Les théories allemandes, qui se pressent ici, ont cherché surtout à donner à cette question une réponse satisfaisante. Pour Jolly (2), le titre à ordre est une promesse faite à une sorte d'entité intellectuelle (*Gläubigerschaft in abstracto*), d'être imaginaire englobant tous les créanciers et parfaitement déterminé, bien que ses éléments ne le soient pas ; l'endossement a pour but d'individualiser la promesse générale contenue dans le titre et son bénéficiaire est le représentant du sujet abstrait du droit. — Nous ne voulons pas discuter ici la valeur de cette idée de personnalité fictive en général ; mais voudra-t-on recourir à cette notion pour solutionner notre problème, aujourd'hui surtout, où des plus éminents parmi les jurisconsultes refusent de reconnaître la personnalité fictive et d'y voir autre chose qu'un résultat accidentel des besoins du langage et de la pensée, un mot commode pour désigner l'ensemble des personnes réelles, véritables titulaires du droit (3) ?

(1) Pareilles obligations, non reconnues dans notre Droit, étaient admises cependant par l'ancien Droit germanique qui validait l'engagement du débiteur envers plusieurs créanciers indéterminés. PICHON. *De l'impossibil. des except. au port. d'un titre à ordre*, pp. 20 et sqq.

(2) JOLLY, dans *Archiv. für Wechselrecht*, t. IV, p. 98 et sqq.; t. V, pp. 37 et sqq.

(3) Cf. PLANIOL. *Droit civ.*, t. I, n° 1966 et sqq. — CAPITANT. *Introduction à l'étude du Droit civil*, p. 109. — Et surtout VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des personnes morales*, Paris, 1902, pp. 76 et sqq. et 159 et sqq.

Sans entrer dans cette discussion trop vaste, l'analyse de Jolly se heurte à une objection qu'elle ne peut résoudre : lorsque le débiteur s'engage envers le premier créancier, celui-ci agirait comme représentant de l'être fictif ; comment dès lors les exceptions qui lui sont opposables ne le seraient-elles pas aux endossataires subséquents ?

52. — Goldschmidt admet un contrat avec une personne individuellement déterminée, contrat passé en faveur, tant de celle-ci, que d'un cercle de personnes non encore déterminées, et devenu parfait par la remise du papier (Begebungsvertrag) (1). Théorie à peu près semblable à celle de Savigny (2), qui s'appuie sur ces deux idées : contrat *cum incertâ personâ* et incorporation de la dette au papier, justifiant la première par sa nécessité, argument de bien faible valeur juridique. Le contrat avec personne incertaine est une déformation arbitraire de l'obligation universellement repoussée (3), ainsi que le reconnaît Savigny lui-même (eod. loco,

(1) GOLDSCHMIDT. *Miscellen zur Theorie der Werthpapiere*, dans *Zeitsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXVIII, pp. 84 et sqq. Page 111, il donne cette définition du contrat à ordre : « Er ist ein Vertrag nicht mit unbestimmten Dritten, sondern mit einer bestimmten Person, zu Gunsten dieser Person und eines weiteren noch unbestimmten Personenkreises, der Art, dass Jede diesem Kreise angehörige Person ein selbständiges, nicht von einem der früheren Nehmer abgeleitetes Recht gegen des Ausstellers des Papiers erlangt. » — FELLNER. *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere* (§ 3 : die Entstehung der Verpflichtung) se range à l'opinion de Goldschmidt. — LEFORT. *Assur. Vie*, t. II, p. 181 : « ... par suite de la clause à ordre, le débiteur s'est engagé, non envers une personne déterminée, mais envers le porteur quel qu'il soit. » — GEORGES RIPERT. Promesses d'achat au porteur, dans *Annales de Droit com.*, 1904, 1^{re} partie, p. 48.

(2) SAVIGNY. *Le droit des obligations*, trad. Gérardin et Jozon, 2^e éd., Thorin, n^{os} 61-63 et 66.

(3) WORMS. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'oblig.*, p. 151.

§ 61), et c'est en somme à cela que se ramène l'idée de Goldschmidt, qui repousse la stipulation pour autrui.

Reproduction de ces principes, la théorie de Jacobi tombe sous le coup des mêmes critiques (1). L'engagement résulte d'une promesse en faveur de tiers reçue par le premier preneur. Toutefois, là n'est point pour lui la raison de l'opposabilité des exceptions, car, observe-t-il, « la promesse faite au tiers est la même que celle faite à son prédécesseur. La raison pour la loi d'écarter les exceptions nées de la personne des prédécesseurs repose, sans doute possible, sur ce fait que c'est le seul moyen d'assurer la circulabilité absolue de la créance. L'acquéreur doit pouvoir s'en tenir aux seuls termes du titre ». Il ne sait plus sans cela s'il acquiert bien un droit ni quel est ce droit, et il se refusera à suivre la foi de l'écrit.

53. — Arguments de nécessité, qui ne peuvent être pour le juriste qu'un pis-aller, et que nous adopterions peut-être, si nous ne devions trouver une solution meilleure, dans les derniers systèmes qu'il nous reste à étudier et que nous grouperons sous le nom de théories de l'offre.

Elles décomposent le titre à ordre en : 1° un contrat entre le souscripteur et le créancier primitif ; 2° une offre de contracter faite par le souscripteur à toute personne désignée par ce créancier, offre qui ne saurait être révoquée, car elle est la condition de l'entrée du premier

(1) ERNST JACOBI. Die Wertpapiere (dans *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess* von Fischer, t. VIII, 1901), § 36, pp. 219-220. « Also, richtig ist zwar dass dem ersten Nehmer ein Versprechen zu Gunsten Dritter gegeben wird. »

créancier dans le contrat (1). Nous n'avons plus ici un contrat avec une personne incertaine, mais une offre à personne incertaine ; or, la validité de pareil acte ne saurait être mise en doute. Tous les jours, des offres sont faites au public en général (affiches, annonces dans les journaux, prospectus et circulaires, etc., etc.) ; c'est un élément indispensable du commerce, et l'acceptation de tout passant, de tout lecteur conclut le contrat (2).

Mais à quel moment celui-ci est-il formé ? Quatre théories sont en présence, proposant, l'une le jour de la manifestation de la volonté, l'autre le jour de l'émission, une autre celui de la réception et la quatrième le jour de la prise de connaissance par le pollicitant (3). On voit donc la possibilité d'autant de théories distinctes relatives au titre à ordre ; en fait, deux seulement sont soutenues.

54. — Sohm et Regelsberger adoptent la première : l'acceptation de l'offre suffit à la perfection du contrat. Seulement, d'après Sohm (4), « toute lettre de change qui vient à être tirée contient une série d'acceptations en blanc et en même temps une série de nouvelles

(1) L'offre résulte de la clause à ordre ; révoquer l'offre serait supprimer cette clause, c'est-à-dire modifier le contrat primitif, ce qui n'est pas au pouvoir du débiteur.

(2) PLANTOL. *Droit civ.*, t. II, n° 971. — AUBRY et RAU, t. IV (5^e éd., 1902), § 343, pp. 479 et 480 : « Si l'offre s'adressait à des personnes indéterminées, l'acceptation donnée par quiconque se trouvait en situation d'en profiter lierait le contrat entre le pollicitant et l'acceptant. » — La jurisprudence est unanime en ce sens ; voir les arrêts rapportés par AUBRY et RAU, *ibid.* loco, p. 480, note 7 *ter*.

(3) Voir sur ce point SALEILLES. *Théor. gén. de l'oblig.*, n° 139.

(4) SOHM. *Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer incertâ personâ*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1873, pp. 13 à 107 (spécialem. pp. 72 à 79).

traites en blanc (Blankowechsel); elle contient en soi une série d'offres *ad incertam personam* ». A chaque endossement nouveau, le tiré conclut un nouveau contrat de change (Wechselvertrag), car chaque endossataire en recevant la traite de son endosseur donne en même temps son adhésion à une nouvelle offre du tiré, à une nouvelle « Wechselvertragsofferte » faite par le tiré *ad incertam personam*. Le contrat à ordre offre donc cette particularité qu'il donne naissance, non pas à une créance unique, mais à une série de créances. — Regelsberger (1) au contraire admet une offre unique faite au dernier endossataire, les endossements intermédiaires n'opérant que des déterminations provisoires.

55. — Cela équivaut, à bien peu près, à la *Pendenztheorie* ou *Präsentationstheorie*, d'après laquelle le contrat ne se conclut que lors de la présentation du titre pour le paiement (2).

(1) REGELSBERGER. *Civilistische Erräterungen*, t. I, pp. 4-5.

(2) IHERING dans *Jahrbuch für Dogmatik*, t. I, p. 49, n° 20, comparant le porteur du papier à celui qui est appelé à recueillir une succession, dit qu'ils acquièrent, l'un par la présentation du titre, l'autre par l'adition; il regarde comme sans la moindre importance de savoir si, avant la présentation, existait déjà une obligation, celle-ci existant dès que le porteur veut faire valoir son droit. — RIESSER. *Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Inhaberpapieren*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1882, t. XXVIII, pp. 56 et sqq, fait remarquer que le fait d'être porteur ne rend pas créancier; pour obtenir cette qualité, il faut présenter le titre pour le paiement, de sorte que si le papier n'est pas présenté, par suite de perte ou de toute autre cause, il n'y aura jamais eu de créancier; donc, tant que le papier reste en circulation (Inhaberpapier), il demeure une chose, pour devenir un titre de créance, se transformer en *Ueberbringerpapier* par la présentation. Pour Riesser, le débiteur est d'ailleurs tenu en vertu, non d'un contrat, mais d'un engagement unilatéral (*loco citato*, p. 62, α). — BONELLI. *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, 1897, adopte les mêmes principes: la déclaration unilatérale de volonté de l'émettant oblige immédiatement son patrimoine, sans qu'il y ait encore un droit de créance correspondant, car l'obligation est contractée envers « il

Si curieux que puisse paraître ce système, il s'impose, par suite de la solution généralement admise en France en matière d'offre. La jurisprudence et la plus grande partie des auteurs exigent pour la conclusion du contrat que l'auteur de l'offre ait eu connaissance de l'acceptation (1). Par suite, le contrat, dont la clause à ordre constitue l'offre faite par le débiteur à tout endossataire, ne sera conclu avec ce dernier que lors de la présentation du titre au souscripteur, car c'est alors seulement qu'il aura connaissance de l'acceptation intervenue (2). — Puisqu'il faut expliquer cet engagement

destinatario della prestazione », c'est-à-dire envers le dernier possesseur du titre. — La Pendenztheorie, admise par FÖRSTER. *Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts*, t. I, § 64, a été rejetée par ECCIUS (4^e éd., 1881, t. I, p. 424, note 30). — VON GERBER. *Deutsches Privatrecht*, 12^e éd., § 161, note 3, paraît la soutenir. — GOLDSCHMIDT, après l'avoir indiquée comme possible, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1860, pp. 275-276, l'a repoussée comme contraire à son Eigenthumstheorie (Miscellen zur Theorie der Werthpapiere, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1882, t. XXVIII, pp. 63-69. Pendenztheorie und Eigenthumstheorie).

(1) Bordeaux, 17 janvier 1870. D. 1871. II, 96. — Chambéry, 1^{er} juin 1877. D. 1878. II, 113. — Orléans, 26 juin 1885. D. 1886. II, 185. — Voir la bibliographie de la question dans AUBRY et RAU, t. IV (5^e éd., 1902), § 343, note 25. — Non obstat Cass. civ., 3 mai 1904. *J. des Assur.*, 1904, p. 305, d'après lequel la désignation par endos d'un tiers pour recueillir l'émolument d'une police d'assurance à ordre confère un droit prenant date au jour de souscription de la police. Cet arrêt, basé sur des considérations de fait, doit être regardé comme une solution d'espèce. — Au contraire le § 151, du Code civil Allemand dit expressément : « Le contrat est parfait par l'acceptation de l'offre, sans qu'il soit besoin de la connaissance de cette acceptation par l'auteur de l'offre. » La construction proposée par SOHM s'imposerait donc en Allemagne, n'était l'adoption du système unilatéral qui résulte du § 794 du Code civil Allemand.

(2) Toutes les fois d'ailleurs que le débiteur aura connaissance des endossements, le contrat se trouvera formé ; rien ne s'oppose évidemment à ce qu'il soit conclu avant la présentation pour le paiement, mais l'hypothèse se réalise rarement en pratique pour les effets de commerce (endossement du titre au débiteur, etc.) Elle sera fréquente au contraire dans les créances civiles : ainsi dans les obligations constatant un prêt à intérêt,

direct du souscripteur envers le bénéficiaire de l'endossement adopté par la jurisprudence, c'est encore là, nous semble-t-il, la meilleure analyse proposée de cette opération. On respecte ainsi complètement les principes contractuels, fondement certain de toute obligation non délictuelle ni légale, et les exceptions deviennent forcément inopposables, dès lors que chaque endossataire n'est pas ayant cause de son endosseur; quant à la conservation à chaque bénéficiaire successif des sûretés garantissant le contrat primitif, elle résulte de ce que le débiteur offre précisément les avantages de ce premier contrat à toute personne qui acceptera.

SECTION IV

LE RÔLE DU PAPIER

56. — Nous avons négligé jusqu'ici d'indiquer le rôle assigné par les différents systèmes que nous avons étudiés au papier même, au titre matériel considéré indépendamment de l'obligation qu'il constate. Est-ce un simple moyen de preuve comme dans les contrats ordinaires? Est-ce une véritable chose, *res mobilis*, sorte de pétrification de la créance, devenue ainsi une monnaie effective? Un rapide coup d'œil sur les réponses proposées.

On ne soutient plus guère, en Allemagne surtout, que le papier soit une simple preuve préconstituée; pour-

la réclamation de ces derniers par l'endossataire au débiteur amènera *ipso facto* la conclusion du contrat.

quoi alors serait-il exigé même dans les cas où il n'y a pas de contestation? — En réalité il se mêle à la vie intime du titre à ordre, en fait partie intégrante, s'en révèle un élément nécessaire, aussi indispensable que l'élément obligation; l'existence d'une créance à ordre sans papier ne se conçoit pas plus que celle d'un arbre sans tronc ni branches, et la plupart des contractuels et unilatéraux s'accordent sur ce point (1).

Mais, de ces deux éléments, auquel accorder la priorité? qui l'emportera, en cas de conflit, de l'élément réel ou de celui d'obligation? du droit de propriété ou du droit de créance? Les dissentiments reparaissent.

57. — Le titre à ordre serait, pour quelques auteurs déjà anciens, soit une véritable marchandise, un meuble ayant une valeur propre par lui-même, que le droit de créance suivrait dans ses mutations successives comme une sorte d'accessoire (2), soit une monnaie de papier semblable au billet de banque (3).

(1) Le papier n'aurait cependant qu'une utilité probatoire pour THOEL. *Das Handelsrecht*, t. II, p. 213; — UNGER. *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, p. 85. — GÖNNER. *Von Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten und vom Handel mit Staatspapieren*, p. 24.

(2) NEBENIUS. *Der öffentliche Credit*, 2^e éd. 1829, p. 575. — BENDER. *Der Verkehr mit Staatspapieren im In- und Auslande*, 2^e éd., 1830, § 35. — MUHLENBRUCH : *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3^e éd., 1836, pp. 457 à 461; mais il ne considère comme marchandises que les titres vendus au cours du marché, les « öffentlichen Schuldscheine ». — DELBRÜCK. *Die Uebnahme fremder Schulden*, 1853, p. 6. — KOCH. *Das Recht der Forderungen*, 2^e éd. 1860, § 26, p. 143. — La Waarentheorie a été combattue par SAVIGNY. *Obligations*, t. II, § 64, pp. 266-267, et KUNTZE. *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 49, p. 193; ce dernier paraît pourtant voir une marchandise dans les titres au porteur cotés à la Bourse (§ 5, p. 15 : « die in Kurs kommenden Papiere werden als Waare angesehen. »)

(3) EINERT. *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts im XIXten Jahrhundert*, 1839, § 1 à 9 et spécialement § 5 : « Le marchand paie avec des lettres de change ou des billets à ordre des mar-

Les premiers donnent un rôle trop inférieur à la créance qui fait toute la valeur du papier, et la monnaie proposée par les seconds n'offre pas les caractères de fixité dans le cours et de certitude dans le paiement qui caractérisent la monnaie véritable ; ce sont là comparaisons commodes pour faire comprendre l'un des rôles économiques des titres à ordre, plutôt que théories sérieusement établies.

58. — La doctrine la plus suivie en Allemagne est l'Eigenthumstheorie de Goldschmidt (1). La nécessité de présenter le titre pour faire valoir le droit les unit l'un à l'autre et aboutit à une confusion de la créance avec le papier ; donc, pas de droit de créance sans un droit de propriété sur le titre à ordre (2) ; l'obligation

chandises et le vendeur se considère comme payé dès le moment où il reçoit ces effets de commerce et non pas seulement lorsqu'il en touche le montant. » — BENDER. *Handelsrecht*, t I, § 115, p. 244. — THALLER. *Droit com.*, n° 1312 : « La lettre de change ou plutôt l'effet de commerce paraît ainsi, dans le dernier terme de sa marche progressive, comme une monnaie particulière. » — Cette Papiergeldtheorie est repoussée par presque tous les auteurs modernes ; cfr. spécialement. SAVIGNY. *Obligations*, t. II, § 64, p. 266. — KUNTZE. *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 96 à 103, pp. 408-441, et VIDARI. *Corso di diritto commerciale*, 5^e éd., t. II, n° 1997.

(1) Dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1882, t. XXVIII, pp. 67 et sqq, t. XXXIII, pp. 447 et sqq. — Et avec des modifications plus ou moins grandes : LEHMANN. *Handbuch des Wechselrechts*, 1886, p. 225. — VON CANSTEIN. *Lehrbuch des Wechselrechtes*, 1890, passim. — GIERKE dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1883, t. XXIX, pp. 253-266. — PAPPENHEIM dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXXIII, pp. 437, 448 et sqq. — KONRAD COSACK. *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 256, p. 337 : « La souscription d'un titre au porteur crée une nouvelle chose et donne par là naissance à une nouvelle propriété. » — HAUSER. *Stellvertretung in Besitz*, pp. 83 et sqq. — JACOBI. *Die Werthpapiere*, § 10, pp. 43 et 44, et § 17-20. P. 37 : « Der Besitzer ist dem Schuldner und Dritten gegenüber als Eigentümer, also auch als Gläubiger legitimiert. »

(2) « Keine Wechselforderung ohne Wechselcigenthum », AFFOLTER. *Wechseleigenthum und Wechselforderung*, dans *Ztsch. für das ges.*

est incorporée dans le titre : « *die Obligation ist verkörpert in der Skriptur.* » (1)

Cette propriété du titre s'acquerra, par tradition, disent les contractuels (2), par toute prise unilatérale de possession, d'après les unilatéraux, en tous cas, par l'un des modes normaux d'acquisition de la propriété d'un meuble. L'endossement apparaît dès lors comme une exigence particulière imposée par la loi pour que soit détruit le droit de l'endosseur (3), comme une condition préalable du transfert de la propriété. L'opposition des exceptions en résulte naturellement ; l'acquéreur reçoit la créance, telle qu'elle est portée dans le titre, celui-ci constituant la limite rigoureuse du droit qu'il renferme, car, de même que l'on doit *ex scriptura*, l'on doit aussi *secundum scripturam* (4).

Nous ne pouvons, dans ce court aperçu, montrer les points de contact et analyser les différences qui carac-

Handelsr., 1891, t. XXXIX, p. 375. — Voir dans SALEILLES. *Théor. gén. de l'oblig.*, n°s 273 et 279, note 2, la distinction, importante surtout pour les titres au porteur, entre le « *Rechts aus dem Papiere* » et le « *Recht am Papier* », le premier résultant de la simple possession, le second, de la propriété, le premier autorisant à toucher le paiement, l'autre conférant la qualité de créancier avec tous ses avantages. Cfr. sur ce point : ENDEMANN. *Handbuch des Handelsrechts*, t. II, p. 37, § 170 et 171, et BRUNNER, dans *Endemann's Handbuch des Handelsr.*, t. II, § 199, p. 207.

(1) GAREIS. *Das deutsche Handelsrecht*, 3^e éd., 1888, § 76, p. 604 : La créance repose dans le papier, sa destinée dépend de celle de l'écrit, ce que l'on exprime par l'axiome : « *die Obligation ist verkörpert im Forderungswerthpapier, in der Skriptur.* »

(2) WECHTER. *Das Wechselrecht des deutschen Reichs*, § 18, p. 70 : la dation du titre conclut le contrat : « *in diesem Geben liegt der Abschluss eines Vertrages.* »

(3) C'est un signe de dessaisissement de la possession « *Zeichen der Besitzentäußerung* », suivant l'expression de VOLKMAR et LÖWY : *Das Wesen des Indossaments*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1860, p. 122.

(4) GOLDSCHMIDT. *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3^e éd. 1891,

térisent les partisans de l'incorporation, de la Verkörperungstheorie. Quelques systèmes se détachent très nets, accordant d'ordinaire une importance excessive à l'élément réel (1). Le plus souvent l'idée d'incorporation reste vague, l'auteur l'invoquant d'un mot, sans rien limiter ni préciser, se bornant à voir par exemple dans le titre le support du droit (Der Träger oder Repräsentant des Rechtes) (2).

1^{re} Lieferung, pp. 385-390. — RIESSER. Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1882, t. XXVIII, p. 61.

(1) Ainsi LEHMANN : *Zur Theorie der Werthpapiere*, pp. 10 et sqq., 21 et sqq., veut que les rapports juridiques entre souscripteur et endosseurs aient pour base un contrat réel, ce qui est logiquement insoutenable : un contrat d'où découlent à la fois des droits réels et personnels est nécessairement pour partie un contrat personnel. Une obligation née d'un contrat purement réel, comme le veut Lehmann, aurait sa source non dans le contrat, mais dans la loi. De plus, ce système à lui seul est insuffisant pour expliquer l'opposabilité des exceptions ; la difficulté de trouver un fondement juridique satisfaisant de cette règle ne vient pas en effet de ce qu'il s'agit d'un droit personnel, mais bien de ce que l'on est en présence d'un droit cédé, dans l'opinion commune. Peu importe que le droit cédé soit réel ou personnel : l'objection porte également contre les deux. — RIESSER : *Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1882, t. XXVIII, pp. 57 et sqq. : « Toutes les difficultés relatives aux rapports entre débiteur ou tiers et porteur, lorsque le droit a passé d'un porteur à un autre, appartiennent uniquement au droit des choses (gehören rein dem Sachenrechte an). » — L'élément réel prédomine aussi chez AFFOLTER : *Wechsel-eigenthum und Wechselforderung*, dans *Ztsch. für das Handelsrecht*, 1891, t. XXXIX, pp. 375 à 430, et chez Von GRÖNING : *die Inhaberpapiere* dans *Archiv für civilistische Praxis*, 1862, t. XLV, p. 67 et sqq. : « Der Verkehr mit Inhaberpapieren ist ein Verkehr mit körperlichen Sachen. » De même BOLAFFIO : *Dei titoli all'ordine e al portatore*, dans *Archivio giuridico*, t. 57, 1896, II, p. 275, déclare qu'il n'y a pas ici cession d'une créance, mais vente d'un titre. — JACOBI. *Die Wertpapiere*, § 10, p. 43. « Propriété et droit de créance se confondent. De là... l'endossement régulier est un mode de transfert de la propriété. »

(2) SOUCHAY. Einige Bemerkungen über Obligationen und Coupons au porteur, dans *Ztsch. für Civilrecht und Prozessrecht*, t. V, 1881 ; — Ueber die neueste deutsche Gesetzgebung in Wechselsachen, dans *Ztsch.*

59. — Parmi les théories nées de cette idée d'incorporation, la moins curieuse n'est pas celle de l'acte abstrait. Du moment que l'obligation vient s'unir au titre, prendre en quelque sorte les limites et les contours du papier, puisque cela seul est dû qui est écrit et parce que cela est écrit, la créance n'apparaît-elle pas comme détachée de sa cause ? En droit romain, la convention qu'on faisait passer par le moule de la stipulation trouvait sa cause dans les termes mêmes de cette stipulation ; de même ici, la créance incorporée dans le titre à ordre aura dès lors sa cause dans le titre seul (1), opération très licite. L'entente des parties pour se considérer comme tenues l'une envers l'autre dans tous les

für deutsches Recht, t. XI, 1847, n° 1, § 5. — PLANCK. *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. II, sur § 793, n° 2, p. 549, et n° 6, p. 551. — DERNBURG. *Das bürgerliche Recht*, t. II, 1^{re} partie, § 152, pp. 348 et 349. — GIERKE, sous la rubrique : Litteratur, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1884, t. XXIX, donnant le compte-rendu du t. II, de l'*Handbuch des Handelsrechts* d'Endemann, dit pp. 255-256, que le droit incorporel est uni au titre corporel comme le contenu au contenant. — BRUNNER dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 191, p. 143, critique vivement cette idée du titre « Träger oder Repräsentant des Rechtes. »

(1) SALEILLES. *Théor. gén. de l'oblig.*, n° 259-266. — BIENER. *Wechselrechtliche Abhandlungen* (Abhand. III : Der Wechsel als Formalakt), pp. 328-366. — KARL NEUBECKER. *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*, 1903, Berlin ; il termine son étude par ces mots enthousiastes : « C'est à nous Allemands, peuple de la raison pure, de l'impératif catégorique, qu'il était réservé de découvrir au monde moderne le contrat abstrait obligatoire, le contrat pur, le contrat catégorique : promisisti, solve ! » — LEONHARD. *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts*, 6^e fascicule : der Begriff des Rechtsgrundes, seine Herleitung und Anwendung, § 7 et sqq., p. 35 et sqq. — Pour UNGER. *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, les contrats contenant la clause à ordre sont des Formalkontrakte. La théorie de Unger est analysée par JOLLY, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1857. — L'ouvrage récent de WIELAND : *Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen*, Bâle, 1904, marque une réaction énergique contre ces exagérations et critique résolument cette idée d'un contrat sans cause, ce contrat fût-il un effet de commerce.

cas, même dans celui où la cause qu'elles assignent actuellement à leur opération serait fausse ou inexistante, est une sorte de transaction parfaitement valable. Le formalisme d'une part, l'incorporation de l'autre assureront d'ailleurs à la volonté une forme claire et précise : le formalisme en imposant l'énonciation des faits et qualités indispensables à connaître, l'incorporation en faisant de l'écriture la limite rigoureuse, le terme absolu du droit. L'obligation naît et vit isolée, autonome, indépendante de tout fondement matériel juridique (*Rechtsgrund*), le lien de causalité est défait. Non qu'en fait il n'y ait pas de cause ; ainsi que le fait observer Rocco (1), il est de nécessité psychologique que la volonté ait une cause pour se décider à un acte ; mais cette cause n'est pas prise en considération.

60. — Ce système, proposé en France par M. Debray (2), paraît en désaccord avec les principes fondamentaux de notre droit. L'*Eigenthumstheorie*, et, plus généralement, toutes les doctrines qui soutiennent l'incorporation, ajoutent aux éléments essentiels de l'obligation un élément nouveau, sans que soit bien établie la nécessité de cette brèche dans notre droit tradition-

(1) Rocco : *Sulle eccezioni cambiarie desunte dal rapporto fondamentale*, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1904, t. II, 2^e partie, p. 267.

(2) DEBRAY : *La clause à ordre*, pp. 109, et sqq. Pour lui, pp. 131 et 132, « le titre à ordre est un document écrit, constatant des relations juridiques entre plusieurs personnes : d'abord l'existence d'une obligation contractuelle entre le créateur du titre et le premier preneur, puis une série de contrats entre les preneurs successifs, ayant pour objet la cession de la première créance avec garantie de son paiement, cession constatée par un endossement. Ce document incorpore les rapports juridiques qu'il exprime en ce sens qu'il leur imprime le caractère de contrats abstraits, et, en même temps, leur donne une forme extérieure et matérielle, destinée à réagir sur leurs conditions d'existence et sur leurs effets. »

nel des rapports de créance (1). A côté de la division des meubles en corporels et incorporels, il faudra créer une division correspondante des droits en corporels et incorporels, il faudra transformer l'art. 1121 du Code civil devenu incomplet. Pareille œuvre appartient au législateur ; dans l'état actuel, la promesse abstraite ne suffit pas à obliger celui qui l'a faite, si la cause qui la caractérise au point de vue juridique ne peut pas être préalablement prouvée (2). Toute convention contraire est nulle comme violant une loi formelle. Sans doute, le grand principe moderne de la liberté contractuelle laisse aux parties la plus grande liberté, mais non pas celle de violer la loi. Les contrats les plus variés sont possibles, mais il les faut entiers pour jouir de leur force et non brisés, amputés de leur cause, méconnaissables (3).

Quant au papier, il ne fait pas partie intégrante de l'obligation, sous forme d'élément essentiel (ce qui

(1) AUBRY et RAU. T. II, 5^e éd., § 173, p. 75.

(2) HASENCEHRL. *Das österr. Obligationenrecht*, I, p. 382, note 77. — Comme le fait observer JACOBI, *Die Wertpapiere*, § 36, pp. 211-212, l'obligation abstraite met simplement à la charge du débiteur la preuve qu'il y a eu enrichissement sans cause du créancier ; elle ne dépouille nullement le débiteur du droit d'opposer les exceptions *ex causâ*. Ainsi comprise, et seulement ainsi, l'obligation abstraite est parfaitement licite, mais n'atteint plus le but voulu par ses protagonistes. — Cf. la critique de l'obligation abstraite par F. FERRARA : Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1904, t. II, 1^{re} partie, pp. 281-290.

(3) THALLER. *Droit com.*, n^{os} 1320 et 1334. — WAHL. *Tit. au port.*, t. I, n^{os} 399 à 404. — GAULY. Essai d'une définition de la cause dans les contrats, dans *Rev. crit.*, 1885, pp. 45 et sqq. — AUBRY et RAU, t. IV, 5^e éd., § 345. — PLANIOL. *Droit civ.*, t. II, n^{os} 1043 à 1046, montrent l'impossibilité, avec notre législation, de considérer une obligation indépendamment de sa cause.

aurait pour conséquence l'anéantissement du droit par la destruction du titre), mais il n'est pas non plus ici simple moyen de preuve, puisqu'il se montre indispensable pour la circulation du titre. La conclusion de Brunner s'impose : il existe un certain lien juridique entre le papier et le droit (1), et nous croyons, avec cet auteur (2), que le rôle du papier est simplement ici le même que celui qu'il joue dans tous les contrats dont la loi exige la rédaction par écrit.

(1) BRUNNER. Die Werthapiere, dans *Endemann's Handbuch des HandelsR.*, t. II, § 191, p. 143 : « Ein gewisser rechtlicher Nexus zwischen Recht und Papier besteht », et il remarque que le titre est nécessaire au droit, non pour sa naissance, mais pour sa circulation. — KUNTZE. *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 88, VI, p. 378, donne cette explication : « Die Obligation wird dem Papiere (für sein Lebensdauer) einverleibt, so dass die Obligation im Papiere symbolisirt und dieses zum Organe jener erhoben wird. » — Cf. BOLAFFIO, dans *Archivio giuridico*, t. LVIII, p. 275 : « Tant que le titre existe, il y a entre l'écrit et le droit un rapport indissoluble que l'on exprime par cette locution consacrée que le droit est incorporé dans le titre. »

(2) BRUNNER. *Loco citato*, § 194, p. 166.

CHAPITRE II

LÉGITIMITÉ DE L'EXTENSION DE LA CLAUSE A ORDRE AUX CRÉANCES CIVILES

61. — L'étude critique que nous venons de faire des différentes théories relatives à la nature des rapports juridiques nés d'un titre à ordre, nous a montré dans l'acte affecté de cette clause un contrat intervenu entre le premier créancier et le débiteur, en même temps qu'un engagement direct de celui-ci envers les endosataires successifs ; la théorie de l'offre nous a paru expliquer de façon satisfaisante cette opinion de la jurisprudence et de la doctrine, tout en s'accordant fort bien avec les principes législatifs actuels.

Notre point de départ ainsi établi, voyons quels droits peuvent être créés à ordre ? Cette clause constitue-t-elle une exception, limitée strictement au domaine que lui reconnaît la loi, aux actes où son insertion est prévue, — ou l'une de ces formes générales dans le moule desquelles toute substance juridique peut venir se couler ?

A raisonner en théorie pure et sans prendre souci de la tradition ni des lois positives, en tenant compte des seules conclusions du précédent chapitre, la clause à

ordre apparaît, sans doute possible, formule universelle et pouvant s'adapter à tout droit patrimonial transmissible. L'insertion de la clause ne modifiera point le contrat intervenu entre créancier et débiteur ; sa seule conséquence à leur égard sera de les obliger à le constater par écrit, exigence qui ne saurait rétrécir son champ d'application : s'il est en effet des contrats qui doivent être rédigés par écrit, il n'en est pas pour lesquels la rédaction d'un écrit soit interdite. — Le contrat restera par ailleurs ce qu'il est, contrat de prêt, de vente, de transport, etc., etc., sans se détacher de sa cause, sans se transformer en contrat abstrait (1), sans se voir substituer un engagement unilatéral du débiteur, contraire à la réalité des faits et à la volonté des parties (2). Le débiteur, en même temps, par la clause à ordre, offre à toute personne que désignera le créancier originaire, de prendre pour elle le profit de ce contrat, tel qu'il est constaté par l'écrit, et le tiers qui accepte parfait ainsi un nouvel engagement, qui annule le précédent et le rend créancier direct de l'auteur de l'offre. — Mécanisme simple et normal, sans rien d'exceptionnel qui puisse en limiter l'extension, ni lui soustraire tels ou tels droits. De même que la cession des créances ordinaires, suivant les formes des articles 1690 et sqq. du Code civil, réalise le transfert de ces créances, de même l'endossement fera passer sur

(1) Les partisans du contrat abstrait eux-mêmes reconnaissent d'ailleurs que, entre les parties contractantes, les conventions premières subsistent intactes et les régissent seules. « Der Wechsel in erster Hand gewissermassen nur die Natur eines qualifizierten Schuldscheines annimmt », dit BEHR. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 3^e éd., 1895, p. 246, A, 4.

(2) SALEILLES. *Théorie générale de l'oblig.*, n^o 276, p. 302.

une nouvelle tête le bénéfice du droit créé à ordre. Tout droit est indifféremment endossable ou cessible suivant qu'il est à ordre ou non (1).

62. — Rien dans la nature juridique de la clause à ordre ne s'oppose donc à sa généralisation ; mais celle-ci est-elle possible pratiquement dans l'état actuel des textes législatifs ?

Nous avons énuméré, dans notre introduction, les actes dans lesquels la loi prescrit ou autorise son emploi.

La clause à ordre est obligatoire dans la lettre de change (art. 110 C. com.), le billet à ordre (art. 187 C. com.), les warrants et récépissés délivrés par un magasin général lors du dépôt des marchandises (loi 28 mai-11 juin 1858, art. 3) ; — elle est prévue et réglementée dans le billet de grosse (art. 313 C. com.), le connaissement (art. 281 *in fine* C. com.), le chèque (loi 14-20 juin 1865, art. 1^{er}, 5^e alinéa), les obligations du Crédit Foncier (D. 28 fév., 9 avril 1852, art. 13, 2^e alinéa) (2), les titres émis par les départements, com-

(1) La condition préalable reste, bien entendu, que le droit soit transmissible. Huc. *Cession*, t. I, n^{os} 229 à 233. — La généralisation de la clause à ordre qui s'impose logiquement avec le système que nous avons adopté, est au contraire très difficile, impossible même pour certaines théories, pour celle par exemple du contrat abstrait ; celle-ci admise, en effet, il faut nécessairement limiter la clause à ordre aux actes qu'énumère la loi, car la loi seule peut rendre un contrat solennel, et l'idée d'acte abstrait oblige à faire un contrat solennel du titre à ordre. Aussi Debray ne paraît-il pas logique lorsque, après avoir vu dans le titre à ordre un contrat abstrait incorporé dans le papier (DEBRAY. *La clause à ordre*, pp. 109-132), il admet la généralisation de cette clause.

(2) Le même article décide que l'endossement de ces obligations n'entraîne pas la garantie de solvabilité qui incombe d'ordinaire à l'endosseur, mais la simple garantie d'existence de la créance, régie par l'article 1693 du Code civil.

munes et établissements publics (D. 23 juin 1879, art. 10, 11 et 15), les bons de monnaie (D. 31 octobre 1879, art. 5), les warrants agricoles (loi 18 juillet 1898, art. 12) (1).

L'énumération est-elle limitative, ou peut-on introduire la clause à ordre dans d'autres actes (2) ? Notre introduction a montré les avantages économiques d'une solution affirmative ; il s'agit d'en prouver maintenant la légitimité juridique. La meilleure démonstration est assurément l'exposé de l'évolution accomplie par la jurisprudence, qui n'est arrivée à la solution actuelle qu'après s'être heurtée à toutes les objections d'une casuistique doctrinale plus soucieuse de rigueur logique et formaliste à l'excès, que de progrès pratique et d'utilité.

Nous étudierons successivement, d'abord les actes qui ont pour objet un droit de créance, ensuite ceux constatant un droit réel.

§ I^{er}. — **La clause à ordre peut-elle être insérée dans les créances civiles ?**

63. — C'est surtout à l'égard des droits de créance, et particulièrement des obligations de donner une

(1) Les bons du Trésor, émis en vertu de la loi des 4-6 août 1824, article 6, sont à ordre en pratique ; la loi cependant n'en détermine pas expressément la forme. *DALLOZ. Rép.*, V^o. Trésor public, n^o 290.

(2) Nous laissons évidemment de côté ici les actes dans lesquels la clause à ordre ne saurait être introduite par suite des formes spéciales de transmission qui leur sont imposées par la loi. Ces actes sont d'ailleurs peu nombreux : billets de banque (loi 24 germinal an XI), livrets de caisse d'épargne (loi 5 juin 1835) et livrets postaux (loi 9 avril 1881), mandats-postes (*DALLOZ. Rép.*, V^o. Postes, n^{os} 34-36), et bons de postes, actions des sociétés anonymes ou en commandite par actions jusqu'à leur entière libération (loi du 24 juillet 1867, art. 3, modif. loi du 1^{er} août 1893).

somme d'argent, que se pose le problème de la généralisation de la clause à ordre; c'est là surtout que cette dernière est susceptible de trouver, avec les arguments juridiques les plus favorables, une véritable utilité pratique.

Aussi, ce fut sous cette forme que la question fut étudiée tout d'abord et se présenta devant les tribunaux. Une obligation, notariée ou non, stipulée payable à ordre, peut-elle, à l'égard des tiers, être transférée valablement, comme un billet à ordre ou une lettre de change, par voie de simple endossement et sans qu'il soit nécessaire de signifier le transport au débiteur?

64. — Les premières réponses de la jurisprudence furent absolument et universellement négatives (1). Créée par le Code de commerce pour les matières commerciales et dans l'intérêt du commerce, la clause à ordre ne peut s'appliquer à une obligation civile, à la circulation de laquelle ne s'attache aucune raison de faveur, aucun motif d'urgence ou de célérité; pareille extension serait évidemment contraire à l'intention du législateur, qui voyait si bien dans cette clause une faveur exceptionnelle, qu'il a pris un soin méticuleux d'indiquer, même en matière commerciale, en quels

(1) Lyon, 26 août 1818. *DAL. Rép.* V°. Effets de com., n° 377, note 1. — Trib. civ. Lyon, 7 janvier 1829 et arrêt confirmatif, 22 mars 1830. S. 1831, II, 238. — Trib. civ. Grenoble, 19 juillet 1832 et arrêt confirmatif, 7 février 1835. S. 1835, II, 340. — Cass., 11 avril 1849. D. 49, I, 141. — Riom, 27 juillet 1875 sous Cass. civ., 8 mai 1878. D. 1878, I, 241. — Trib. civ. Colmar, 6 février 1839, infirmé par arrêt 5 novembre 1839. D. *Rép.* V°. Effets de com., n° 374, note 1. — Et un jugement récent du Trib. com. Seine, 19 février 1903. *Gaz. des Trib.* 1903, II, 313.

actes on pourrait l'insérer (1). Objectera-t-on l'autonomie de la volonté, la liberté pour les parties de faire tout ce que la loi ne défend pas, d'insérer par conséquent la clause à ordre, faute d'une prescription formelle contraire à toute extension ? Les décisions des tribunaux répondraient que cette liberté n'existe qu'en ce qui concerne les relations juridiques entre les parties elles-mêmes ; que par suite l'endossement transfèrera bien la créance *inter partes* (2), mais non à l'égard des tiers.

65. — Cette doctrine fut d'abord soutenue par quelques auteurs (3). L'article 1690 du Code civil exige l'observation de certaines formalités de publicité, destinées à sauvegarder l'intérêt des tiers dans la mesure du possible ; la volonté du cédant, celle du cessionnaire, celle même du débiteur sont impuissantes, même réunies, à les supprimer ; toute convention semblable de leur part resterait sans effets, au même chef et pour les mêmes raisons, qu'une convention par laquelle vendeur et acquéreur s'entendraient pour renoncer à la transcription d'une vente immobilière. Les dispositions de l'article 1690 du Code civil, protectrices de l'intérêt

(1) WAHL. *Titres au port.*, t. I, n° 876 : « Le titre à ordre présente des caractères trop exceptionnels pour qu'on puisse en admettre la création hors des cas où la loi le permet. »

(2) Riom, 27 juillet 1875. D. 1878, I, 241. — La simple convention suffisant à opérer le transfert entre les parties (art. 1138 et 1583 du Code civil), peu importe la façon dont cet accord de volontés se traduit : il y aura toujours cession s'il y a volonté de céder. L'endossement, la simple remise de la main à la main, peuvent donc très bien, entre cédant et cessionnaire, transférer même une créance à personne dénommée. Cass. req., 11 novembre 1851. S. 1852, I, 29.

(3) DALLOZ. *Rép.* V°. Effets de com., n° 372 et 433. — HUG. *Cession*, t. I, n° 322 ; — *Commentaire Code civil*, t. X, n° 217, p. 289. — LAURENT, t. XXIV, n° 498.

des tiers, sont par là d'ordre public et nul accord n'y saurait déroger (1).

66. — Est-ce bien exact? L'expression d'ordre public est une des plus vagues, des plus incertaines du vocabulaire juridique, et l'on ne sait trop quel criterium adopter pour distinguer les dispositions qui le sont de celles qui ne le sont pas. Faute de définition théorique suffisamment nette, impossible à donner, les difficultés abondent quand on entre dans le détail des applications (2). L'essentiel est de ne pas perdre de vue le principe fondamental de la liberté des contrats, de l'autonomie de la volonté; lorsqu'il s'agit de restreindre cette liberté, on doit se montrer d'autant plus réservé qu'est plus imprécise la barrière qu'on lui oppose, et le véritable danger consiste bien plus à trop défendre qu'à trop permettre.

Assurément, les dispositions de la loi fondées sur l'intérêt des tiers sont d'ordre public; mais, dans notre espèce, les tiers ont-ils un véritable intérêt à ce que soit faite la signification au débiteur cédé, ou à ce qu'il

(1) L'idée que la signification au débiteur ou son acceptation de la cession constitue une mesure de publicité en faveur des tiers est très généralement admise. Quelques auteurs la repoussent; ainsi PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, n° 1614, soutient qu'il y a là « un procédé établi dans l'intérêt exclusif du cessionnaire, pour le saisir définitivement de la créance qui lui est transmise, parce que le contrat de transport, simple mandat à l'origine, était incapable de la lui faire acquérir ». Cette idée fort juste (car si les mesures imposées par l'art. 1690 du Code civil sont pour assurer la publicité, elles remplissent bien mal leur office. SALEILLES. *Théor. générale de l'oblig.*, n° 90, p. 79) aurait pour conséquence toute naturelle la possibilité pour les parties de faire à cet égard toutes stipulations qui leur conviendraient et de renoncer à la signification ou acceptation.

(2) AUBRY et RAU. T. I (5^e éd.), § 36. — BAUDRY-LACANTINIERE. T. I (6^e éd., 1896), n°s 95-96. — PLANIOL. *Dr. civ.*, t. I, n°s 288 à 295. — De VAREILLES-SOMMIÈRES. *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*. Paris, 1899.

ait accepté la cession ? De l'inobservation de ces formalités, résultera-t-il pour eux un préjudice forcé, inévitable, nécessitant dans l'intérêt général une protection dont nul ne saurait s'affranchir ? C'est là ce qu'il faudrait établir pour que l'article 1690 du Code civil fût d'ordre public. Pareille thèse nous semble difficile à défendre, si l'on prend la peine de rechercher quels sont ici les tiers, et dans quelle situation ils se trouvent (1).

Le premier tiers, le plus intéressé et le plus intéressant, est le débiteur cédé. La signification qui lui est faite le met en rapport avec le nouveau créancier et lui apprend entre les mains de qui il pourra faire un paiement libératoire ; elle joue donc à son égard un rôle d'avertissement (2). — Avec la clause à ordre, tout cela disparaît sans doute, mais le débiteur ne court pour autant aucun danger. Il a promis de payer à la personne que désignerait le dernier endossement et qui se présenterait à lui porteur du titre ; quel préjudice, quelle surprise pourrait-il craindre, lui, signataire du billet, informé mieux que personne de l'existence de la clause ? Et s'il venait à mourir avant l'échéance, ses héritiers ne sont-ils pas garantis de même, pourvu qu'ils aient

(1) Huc. *Cession*, t. 1, n° 299, pp. 424-426, définit les tiers « tous ceux qui, étant d'ailleurs demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre. » Ce qui comprend, développe-t-il : le débiteur cédé, les créanciers du cédant, qu'ils aient obtenu un droit de gage sur la créance cédée ou soient chirographaires, et le cessionnaire lui-même, dans le cas où il se trouve en présence d'un autre cessionnaire de la même créance. Cette dernière hypothèse paraît irréalisable en matière de titres à ordre : comment le créancier, dessaisi du titre par un premier endossement, pourrait-il le céder à nouveau ?

(2) Ce serait même son seul but pour WAHL. *Titres au porteur*, t. I, n° 425.

rempli le premier devoir que leur imposent la prudence et la loi : se rendre compte, avant toute acceptation, des forces actives et passives de la succession, de la nature et de la quantité des dettes et des créances qui la composent (1) ?

Quant aux créanciers du cédant, l'endossement, sans doute, peut leur être inconnu, mais ils ne connaîtraient pas mieux une signification faite au débiteur, et le patrimoine de ce dernier s'appauvrira dans les deux cas à leur insu. — Distinguons entre eux, suivant qu'ils ont ou non sur la créance un droit de gage. Créanciers gagistes, ils sont à couvert de tout risque, puisqu'ils détiennent le titre, sans lequel la créance ne peut être réalisée, — et puisqu'ils ont, d'autre part, la faculté exclusive de toucher le paiement. Créanciers chirographaires, leur seul droit est de saisir-arrêter toute créance à l'actif de leur débiteur, que ce soient créances civiles ordinaires ou affectées de la clause à ordre (3). S'ils jugent bon de l'exercer, ils doivent tout d'abord se renseigner auprès du débiteur, pour savoir s'il n'y a pas eu de signification de cession, si par conséquent la créance dont s'agit est bien toujours aux mains du titulaire contre qui ils veulent saisir-arrêter ; ils apprendront alors que cette créance est à ordre. Il ne reste plus qu'à demander à leur propre débiteur, bénéficiaire de l'endosse-

(1) PASCAUD. Les oblig. civ. à ordre, leur validité, leurs avantages, dans *Rev. crit.* 1878, pp. 705 et sqq.

(2) Sans doute l'article 149 du Code de commerce interdit la saisie-arrêt contre tout porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, sauf le cas de perte du titre ou de faillite du porteur. Mais nous verrons que c'est là disposition particulière au droit du change, et qui ne doit pas être étendue aux créances civiles à ordre. — Pareille difficulté n'existerait pas en Allemagne, où toute créance peut être déclarée incessible et par conséquent insaisissable (Code civ. Allemand, § 399).

ment, s'il a toujours en mains cette créance, et, dans le cas de réponse affirmative, à saisir immédiatement, afin d'éviter un endossement hâtif qui dessaisirait leur débiteur. Un peu de diligence à faire valoir leurs droits et la faculté pour eux d'user, en cas de fraude, de l'action paulienne (art. 1167 C. civ.) mettront hors de tout péril les créanciers chirographaires saisissants (1).

Peut-on dire que l'ordre public est violé, dès lors que les droits de tous sont sauvegardés? Il l'est si peu que pas un tribunal, dans un conflit entre débiteur, endosseurs et endossataires d'une créance civile à ordre, n'oserait, à supposer que les parties ne l'invoquent pas elles-mêmes, suppléer d'office ce prétendu moyen d'ordre public, — et ce serait pourtant le strict devoir du juge en présence d'une violation de l'article 6 du Code civil. — A ces considérations, ne peut-on pas ajouter le silence absolu, à cet égard, des travaux préparatoires du Code civil relatifs à la cession de créance (2)? La défiance inspirée toujours par un argument tiré de l'intention du législateur est trop juste pour que nous attachions à ce mutisme plus d'importance qu'il ne convient (3); il indique cependant bien que les auteurs de l'article 1690 ne songeaient guère, en l'adoptant, poser principe d'ordre public.

Pour quelques auteurs, la difficulté n'existe pas. Nous avons vu (pp. 59 et sq.) que pour eux la clause à ordre contient une acceptation anticipée par le débiteur de la cession de créance qu'opèrerait chaque nouvel en-

(1) GUILLOUARD. *Vente*, t. II, n° 793, p. 331.

(2) PASCAUD. Les oblig. civ. à ordre, etc., dans *Rev. crit.* 1886, p. 708.

(3) GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* 1899, n° 106, pp. 261 et sqq.

dossement (1) ; l'article 1690 du Code civil est donc, non pas violé, mais très rigoureusement appliqué. — Il nous a fallu, pour d'autres motifs, repousser ce système, dont l'adoption eût rendu ici toute discussion superflue. Mais, à tout considérer, celui que nous avons adopté n'offre-t-il pas le même avantage ? L'endossement, avons-nous conclu avec la jurisprudence, réalise, non un transfert du droit de l'endosseur à une nouvelle personne, mais la création sur la tête de celle-ci d'un droit direct contre le débiteur. Nous sommes donc sur un terrain complètement étranger à la cession de créance, et il ne reste qu'à s'étonner de cette prétention que l'on a d'appliquer l'article 1690 du Code civil à une hypothèse où il n'y a ni transfert de créance ni cessionnaire.

La grande majorité des auteurs qui se sont prononcés sur la question, ont refusé de reconnaître à l'article 1690 du Code civil, le caractère de disposition d'ordre public (2). Quant à la jurisprudence, après lui avoir accordé cette qualité dans ses premières décisions sur la matière, elle changea peu à peu, affirma le principe opposé dans un certain nombre de jugements et arrêts, et le rappelle rarement aujourd'hui lorsqu'elle en fait l'application, tellement il lui paraît naturel et inattaquable (3). — Donc, liberté pleine et entière pour les par-

(1) Une décision isolée, Pau, 25 juin 1836, S. 1837, II, 107, admet l'extension de la clause à ordre en se basant sur cette idée.

(2) BEUDANT note sous Cass. civ. 8 mai 1878, D. 1878, I, 241. — BOISTEL. n° 746. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, p. 143. — GUILLOUARD. *Vente*, t. II, nos 791 à 793. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 1104 ; — *Traité*, t. III, n° 98. — PASCAUD. *Les oblig. civ. à ordre*, etc., dans *Revue crit.* 1878, pp. 705 et sqq. — THALLER. *Droit Com.*, n° 1338.

(3) Cass. civ. 8 mai 1878. S. 1878, I, 292 : « Attendu que les dispositions

ties, de choisir à leur convenance la forme du titre et de préférer, si bon leur semble, la forme à ordre.

67. — Pareille conclusion est exagérée pour certains auteurs (1), qui, croyant malgré tout au caractère d'ordre public des règles posées par l'article 1690 pour la cession de créance, et frappés cependant des avantages considérables qu'aurait l'extension de la clause à ordre, ont cherché à concilier dans la mesure du possible ces deux considérations. Créée par le législateur uniquement dans l'intérêt du commerce et en vue des créances commerciales, la clause à ordre, régie par le Code de commerce seul et inconnue des lois civiles, ne saurait être insérée dans une créance purement civile ; de cette union insolite de deux institutions sans rapports, distinctes, opposées même par leur nature et leur but, sortirait un véritable monstre juridique. Soutenir le contraire, c'est supprimer la distinction fondamentale pour nos Codes, entre matières civiles et commerciales, c'est autoriser les arguments d'analogie les plus étranges entre ces deux branches de droit jusqu'ici séparées ; pourquoi ne pas appliquer alors les règles de la faillite

des articles 1690-1691 du Code civil ne sont pas d'ordre public, que les contractants peuvent y déroger. » — Agen, 27 décembre 1875, sous Cass. civ., 4 décembre 1878. S. 1879, I, 103. — Cass. civ. 7 mai 1879, D. 1879, I, 307. — Cass. req. 15 mars 1892, dans *Annales de dr. com.* 1892, p. 84 et S. 1894, I, 495. — Trib. civ. Versailles, 8 mars 1895. *Gaz. Pal.* 1895, I, 609. — Orléans, 29 juin 1901, D. 1903, II, 241, arrêt validant les bons au porteur donnés à des ouvriers en paiement de leurs salaires.

(1) En ce sens, PAUL PONT: *Traité des sociétés civ. et comm.*, t. II, n° 911. — MONTLUC. *Traité des assurances sur la vie*, pp. 252-253. — VAVASSEUR. *Traité des sociétés*, t. I, n° 479. — Déjà, dans l'ancien Droit, FERRIÈRE. *Dictionnaire de Droit*, V° Billet à ordre, dit bien valables et endossables, tous billets contenant la clause à ordre, mais les qualifie « billets de commerce », et n'envisage la possibilité de cette clause que dans un titre de nature commerciale.

aux non-commerçants pour suppléer à l'organisation défectueuse de la déconfiture, et ne pas compléter les dispositions du Code civil relatives aux sociétés par celles qui régissent les sociétés commerciales (1) ? En matière commerciale, au contraire, les parties restent libres de créer à ordre telles créances qu'il leur semblera bon ; elles maintiennent cette clause dans le domaine qui lui est propre, et l'article 1690 du Code civil, quoique d'ordre public, ne saurait rien ôter à cette liberté d'action, car les contractants ont en leur faveur l'usage, tout puissant lorsqu'il s'agit du commerce.

Quelques jugements et arrêts sont en ce sens (2), mais ce furent décisions isolées, et jamais la jurisprudence n'adopta vraiment ce système arbitraire. La distinction qu'il voudrait établir entre matières commerciales et civiles n'a jamais eu ce caractère absolu, ici peut-être plus encore que partout ailleurs, puisque le législateur n'en a pas tenu compte. Comment dire en effet que seules peuvent être à ordre les créances com-

(1) LOCRÉ. *Esprit du Code de commerce*, t. VIII, p. 317, sur les art. 636 et 637, disait déjà que le Code Napoléon serait déchiré si l'on employait les effets de commerce à réaliser les transactions purement civiles.

(2) Ainsi Limoges, 27 novembre 1845. S. 1846, II, 482 : « Attendu que, s'il est permis de stipuler qu'un titre de créance non commercial sera négociable par voie d'endossement, parce que aucune disposition législative ne le défend, cette stipulation ne peut pas faire perdre au titre son caractère, ni changer sa nature de créance civile pour lui faire produire les effets d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, qui ne peuvent appartenir qu'à des titres de créance commerciaux, et jamais à des titres de créance purement civils ; autrement, il y aurait mélange et confusion des lois civiles avec les lois commerciales, ce serait confondre ce que le législateur a pris soin de distinguer dans les différents Codes qui constituent notre législation. » — La législation allemande ne permet l'émission d'effets de commerce qu'aux seuls commerçants (Code de commerce, § 363).

merciales lorsque la loi admet que les billets à ordre souscrits entre non commerçants, quoique parfaitement valables, sont actes purement civils (1) ? Une créance est endossable ou non suivant qu'elle est ou n'est pas à ordre, et non pas suivant qu'elle est civile ou commerciale ; cette dernière qualité reste sans influence sur sa cessibilité, sur son mode de circulation, et c'est ainsi que la vente d'une créance commerciale à personne dénommée est très certainement soumise à l'article 1690 du Code civil (2). Suivant la remarque de Vidari (3), la qualité de commerçant ou de non commerçant fera ou non présumer la commercialité du contrat affecté de la clause à ordre, mais ne saurait permettre ou interdire à celui qui le veut d'insérer cette clause.

Mais le point faible de ce système est encore plus dans cette force qu'il accorde à la coutume commerciale d'établir une règle contraire à un principe d'ordre public. Si l'article 1690 du Code civil a ce caractère, elle doit le respecter (4). Les partisans les plus déterminés de la coutume lui refusent toute valeur lorsqu'elle est opposée à la loi écrite, accordant tout au plus à la coutume commerciale la force de modifier les lois purement interprétatives ou supplétives de volonté, réservant soi-

(1) *Argum.* art. 632 du Code de commerce. — THALLER. *Droit com.*, n° 12. — La distinction entre institutions civiles et commerciales s'efface peu à peu devant l'irrésistible courant qui tend à les unifier. VIVANTE. Un Code unique des obligations, dans *Annales Dr. commercial*, 1893, pp. 1 et sqq. — RIESSER. *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*. Stuttgart, 1894.

(2) Rennes, 29 juillet 1861. S. 1862, II, 225 et la note. — Cass. civ. 26 janvier 1863. S. 1863, I, 64. — Cass. civ. 27 novembre 1865. S. 1866, I, 60.

(3) VIDARI. *Corso di diritto commerciale*, t. II, n° 2057.

(4) LYON-CAEN et RENAUULT. *Traité*, t. III, n° 98, p. 83.

gneusement l'intangibilité des lois d'ordre public (1). — Le système de l'extension de la clause à ordre aux seules créances commerciales perd de la sorte son point d'appui, et l'on est autorisé à conclure en faveur d'une généralisation complète de cette clause, devenue ainsi applicable à toutes créances, même civiles.

68. — On a voulu cependant imposer encore quelques restrictions et n'admettre du moins la clause à ordre dans une créance qu'autant qu'elle aurait pour objet une somme d'argent et serait payable à une échéance fixe. — Ce sont là, en effet, deux conditions très rigoureusement exigées par la loi pour la lettre de change et le billet à ordre (articles 129 et 188 du Code de commerce) (2); en les observant, on rentre dans un moule parfaitement légal et reconnu, et l'on obtient une création juridique régulière; s'y soustraire, c'est violer un texte formel et encourir délibérément une nullité certaine.

On trouve des arrêts en faveur de cette opinion (3),

(1) BOISTEL. N° 22 *in fine*. — GÉNY *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n°s 127-129, pp. 348 à 366. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. I, n° 84. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1000, p. 526. — Dénient à la coutume commerciale toute valeur abrogative : DALLOZ. *Suppl.*, V° Lois, n° 452; — MASSÉ. *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, t. I, § 83, pp. 69-71.

(2) L'article 313 du Code de commerce, il est vrai, autorise bien la clause à ordre dans les actes de prêt à la grosse, mais c'est, dit-on, par dérogation formelle à l'article 129 du Code de commerce, et sans rien enlever à celui-ci de sa portée générale.

(3) Statuant à propos de lettres de change ou de billets à ordre conditionnels ou à échéance incertaine, ces décisions, se basant sur l'absence dans ces titres de l'une des conditions requises par la loi, déclarent qu'il n'y a plus là un effet de commerce, mais une simple promesse civile ordinaire (Grenoble, 14 juin 1824. D. Rép. V° Effets de commerce, n° 169, note. — Toulouse, 6 janvier 1837. S. 1837. II, 239. — Riom, 1^{er} juin 1846. D. 1847. II, 47), ce qui est fort exact, mais il ne faut pas conclure, avec Caen. 14 juin 1876. D. 1878, II, 133 « que le transport n'en est efficace-

soutenue par quelques rares auteurs (1). Pour réaliser son office de monnaie, disent-ils, le titre à ordre doit avoir une échéance précise ; faute de cela en effet et si la créance pouvait être conditionnelle, le créancier, tout diligent qu'il fût, pourrait ignorer que la condition s'est réalisée, et perdre son recours contre les endosseurs en laissant passer les délais imposés par la loi sans protester.

Mais, depuis un arrêt de la cour de cassation aux considérants très nets (2), ce système est à peu près abandonné. Il repose sur une confusion manifeste, sur une importance excessive accordée au billet à ordre : la clause à ordre insérée dans un titre n'aurait de valeur qu'autant que celui-ci se conformerait aux règles particulières du billet à ordre, deviendrait lui-même un véritable billet. — Erreur certaine ; maintes conditions

ment réalisé à l'égard des tiers que conformément à l'article 1690 du Code civil. »

(1) DUBOIS. Note sous S. 1875, I, 169, critiquant un arrêt de Cass. civ. du 11 août 1873, qui admet la possibilité d'insérer une condition dans une lettre de change ou un billet à ordre, dit : « Ce système revient à créer, entre les effets de commerce d'une part et les simples promesses de l'autre, une classe de billets ou d'engagements mixtes ou intermédiaires, tenant à la fois des premiers et des seconds, sans se confondre ni avec les uns ni avec les autres. Il ne nous semble pas qu'un pareil système soit admissible. Nous pensons que si le législateur a dérogé aux règles ordinaires de la cession de créances, c'est seulement à l'égard des effets de commerce, mais non en faveur de titres qui ne sont pas et ne peuvent pas être des effets de commerce. » Cf. BÉDARRIDE. *Lettre de ch.*, t. I, n° 77 et 78.

(2) Cass. civ. 7 mai 1879. S. 1879. I, 421 : « Attendu, sans qu'il soit besoin d'examiner si cette obligation, à défaut d'échéance précise, n'était point dans les conditions d'un billet à ordre, que la stipulation qui la déclare payable à l'ordre du créancier est valable, aucune loi n'interdisant aux parties de stipuler que leurs engagements civils ou commerciaux seront transmissibles par cette voie... » LYON-CAEN rapporte, sans le commenter, cet arrêt dans *Rev. crit.*, 1881, p. 292.

imposées au billet à ordre et à la lettre de change leur sont propres, dérivent de leur nature et non de la clause qui nous occupe ; il leur faut une échéance certaine et précise à raison du rôle de papier-monnaie qu'ils jouent effectivement, rôle que ne saurait jamais remplir le contrat civil à ordre. Pourquoi dès lors maintenir pour ce dernier pareille exigence sans aucun motif, vouloir ramener toutes conventions au billet à ordre (1) ? Ce système est d'ailleurs en contradiction formelle avec la loi : l'article 313 du Code de commerce autorise expressément la clause à ordre dans le billet de grosse, — et le prêt à la grosse, où la somme prêtée ne doit être rendue que dans le cas d'heureuse arrivée du navire, est par essence un contrat aléatoire, conditionnel.

Quant à exiger pour insérer la clause à ordre dans un contrat qu'il ait pour objet une somme d'argent, c'est exiger plus que la loi elle-même, qui autorise la clause à ordre dans le connaissance (article 281 du Code de commerce), dans les warrants, dans les récépissés délivrés pour des marchandises déposées dans un

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 156, p. 123. — La principale conséquence du système étudié était l'impossibilité d'insérer la clause à ordre dans les polices d'assurance, de quelque nature que fût cette dernière, la créance qui en dérive étant essentiellement conditionnelle, sauf peut-être dans l'assurance en cas de décès, où l'on a en réalité un terme incertain. — L'idée que la clause à ordre ne peut être insérée dans un titre constatant une créance dont les échéances sont successives a été repoussée par le tribunal civil de la Seine le 25 janvier 1890, dans le *Droit*, 21 février 1890 : « Attendu... que cette incompatibilité (entre clause à ordre et échéances successives) n'est inscrite nulle part, et que cette prétention... est même condamnée par l'article 156 du Code de commerce, qui prévoit et régleme les paiements d'acomptes sur une lettre de change... »

magasin général (loi 28 mai-11 juin 1858, article 3). Dans les créances de livraison à effectuer comme dans celles de sommes d'argent, il faut donc conclure à la légitimité de la clause à ordre.

69. — L'usage enfin nous fournit un argument précieux en faveur de la généralisation de la clause à ordre. Il est certains actes, tant civils que commerciaux, dans lesquels la loi ne prévoit pourtant pas l'insertion de notre clause, mais où cette dernière s'est si bien implantée que l'on n'y discute plus sa validité. Nous les avons déjà cités en étudiant dans notre introduction l'évolution de la clause à ordre. Ce sont les polices d'assurances maritimes ou sur la vie, les lettres de voiture, les filières, dans les ventes de spéculation commerciales, les actions et obligations des sociétés (1), les factures acceptées.

La coutume s'est établie, claire, indiscutable : la clause à ordre peut être insérée dans tous ces actes et y produit ses effets ordinaires. On sent toute la force de l'argument qu'on peut tirer de là en faveur d'une généralisation complète de la clause à ordre. Pourquoi faire des distinctions où la loi n'en fait pas, favoriser certaines conventions au détriment des autres ? On admet la clause à ordre dans les filières, pourquoi pas dans tout titre constatant une créance de livraison ? On l'accepte dans les obligations de sociétés, dans les polices d'assurances, pourquoi pas dans tout titre constatant une créance de somme d'argent ? Aussi est-il bien peu d'auteurs qui soient contraires à l'extension de la clause

(1) Cette forme à ordre est restée rare pour elles en France : BOISTEL, n° 238. — DALLOZ. *Rép.*, V° Société, n° 1167. — HOUPIN. *Traité des soc. par actions*, t. I, n° 65. — POIDEBARD, dans *Rép. encycl. de dr. fr. de la Gaz. du Pal.*, V° Société, n° 461. — THALLER. *Dr. com.*, n° 600.

à ordre (1), et l'on peut considérer dès à présent cette solution comme définitive et incontestée.

(1) La liste des auteurs favorables est longue. Citons, dans l'ancien droit : DENISART. *Collection de décisions nouvelles*, 1721, t. III, V^o Obligations, n^{os} 16 et 17. — MERLIN. *Questions de droit*, V^o Enregistrement (droits d'), § 10. — Dans le droit moderne : BAILLY. *De la clause à ordre dans les polices d'assurances sur la vie et maritimes*, t. I. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. *De la vente*, n^o 800. — BEUDANT. Note sous Cass. civ., 8 mai, 1878, dans D. 1878, I, 241. — BOISTEL, n^o 746. — CHAMPCOMMUNAL. Généralisation de la clause à ordre, dans *Annal. dr. com.*, 1897, p. 156. — DALLOZ. Suppl., V^o Effets de com., n^{os} 149-151 et 163. — DEBRAY. *La clause à ordre*, pp. 134 et sqq. ; pp. 171 et sqq. — DESJARDINS. *Traité du com. maritime*, t. V, n^o 1148. — FUZIER-HERMANN. *Rép.*, t. XIX, V^o Effets de com., n^o 35. — GUILLOUARD. *De la vente*, t. II, n^{os} 791 et 792, pp. 326 à 331. — LEFORT. *Assur. Vie*, t. II, p. 173. — LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, t. I, n^{os} 634, 1104 ; *Traité*, t. III, n^{os} 96-98 ; t. IV, n^o 156. — MASSÉ, *Le dr. com. dans ses rapports avec le dr. des gens et le dr. civ.*, t. III, n^o 1573 ; t. IV, n^o 2301. — PARDESSUS. *Droit com.* t. II, n^o 313, p. 117-118. — PASCAUD. Les oblig. civ. à ordre, leur validité, leurs avantages, dans *Rev. crit.*, 1878, pp. 705-719. — PICHON. *De l'inoppos. des except. au porteur d'un titre à ordre*, p. 293-298. — PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, n^o 1620. — ROLLAND DE VILLARGUES. *Répert. du notariat*, V^o Endossement, n^o 2. — TROPLONG, *De la vente*, t. II, n^o 906, pp. 401-415.

Quelques auteurs admettent l'extension tout en restreignant ses effets, rejetant par exemple en matière civile l'inopposabilité des exceptions : ALAUZET. *Commentaire du C. com.*, t. IV, n^o 1342. — THALLER. *Dr. com.*, n^{os} 1337-1342. — TOUZAUD. *Des effets de commerce*, p. 68, note 1.

D'autres se contredisent. Ainsi BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, soutiennent l'extension, pp. 141-143 et 155, puis la rejettent, p. 544. — NOUGUIER. *Lettres de change*, t. I, n^o 606, p. 395, déclare l'endossement d'une obligation civile à ordre sans effet à l'égard des tiers, dit le contraire n^o 609, et conclut, n^o 612, que l'endossement de pareille obligation n'emporte pas inopposabilité des exceptions !

§ II. — De la clause à ordre dans les titres constatant un droit réel.

Cette généralisation, admise pour les droits de créance, doit-elle s'étendre aux droits réels et devenir ainsi absolue ?

70. — En ce qui concerne ces droits, une remarque préalable est nécessaire pour éviter toute confusion. Il importe de distinguer soigneusement les actes contenant un véritable transfert de droit réel de ceux qui font naître une simple créance de livraison. D'après l'article 1138 du Code civil « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, » ce qui veut dire que l'obligation de livrer est parfaite, c'est-à-dire présumée exécutée, par le seul fait de son existence, en d'autres termes que la propriété se trouve transférée par le seul fait de la convention, sans qu'une tradition soit nécessaire. Telle est la doctrine suivie en France (1). Mais cette transmission de la propriété n'est opérée par la simple convention qu'autant que son objet est un corps certain, et cet effet ne se réalise pas pour les choses déterminées seulement quant à leur espèce (2).

Si nous prenons comme exemple la vente, à laquelle l'article 1583 du Code civil applique spécialement la règle générale de l'article 1138, et que nous supposions la clause à ordre insérée dans l'écrit qui la constate,

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Des obligations*, t. I, n° 364 et sqq. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. T. V, n° 55 bis, II et III. — DEMOLOMBE. T. 24, n° 413 et 416. — LAROMBIÈRE. T. I, sur C. 1138, n° 3 et 5. — MARCADÉ. T. IV, n° 485. — Examen critique de cette explication par PLANIOL. *Dr. civ.*, t. I, n° 1288-1308, qui la repousse.

(2) AUBRY et RAU. T. IV (4^e édit.), § 349, pp. 340 et 341. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. T. V, n° 55 bis. — LAROMBIÈRE. T. I, sur art. 1138, C. civ., n° 17-19. — LAURENT. T. XVI, n° 359.

qu'en va-t-il résulter ? Si la vente est d'une chose déterminée seulement quant à son espèce (vente d'un cheval, etc.), il n'y a pas de transfert de propriété et le seul résultat de la convention a été de faire naître au profit de l'acheteur une créance de livraison de la chose ; la clause à ordre pouvant s'appliquer indistinctement à toute créance, l'endossement par l'acquéreur autorisera le bénéficiaire à réclamer la délivrance, lui donnera la qualité de créancier, non celle de propriétaire qu'il n'acquerra que le jour où le cheval lui sera livré ; l'endossement n'a donc transmis aucun droit réel. Dans le cas au contraire où la vente a été de tel cheval spécialement désigné, l'acheteur est, du jour du contrat, devenu propriétaire ; il endosse l'acte de vente : par là, il se dessaisit de son droit sur la chose en faveur du bénéficiaire, devenu ainsi propriétaire à son tour ; l'endossement a donc fixé sur une nouvelle tête le droit de propriété, du moins *inter partes* (1).

Mais qu'en résulte-t-il à l'égard des tiers ? Nous avons montré, lorsqu'il s'agit d'un droit de créance, l'endossataire devenir titulaire du droit à l'égard de tous par le simple fait de l'endossement. En est-il de même quant aux droits réels ?

71. — Que l'endossement les transfère entre les parties, rien d'étonnant dans un droit dénué de formalisme tel que le nôtre, où seul importe le consentement, non

(1) L'endossement produit ici deux effets bien distincts : d'une part, il opère transmission de propriété du premier acheteur à l'endossataire, qui est, sous ce rapport, ayant cause de l'endosseur et devra accepter la chose telle qu'elle aurait été livrée à celui-ci ; — d'autre part, il fait naître un engagement direct du vendeur, débiteur de la livraison, de sorte que l'endossataire, de ce chef, est en relation directe avec le débiteur, comme dans tout titre à ordre.

la forme qu'il revêt, où les parties sont donc bien libres d'indiquer, si elles le veulent, par un endossement leur volonté de transférer le droit. — Mais l'intérêt des tiers veut être protégé et la loi ne les a pas laissés exposés aux dangers inévitables qui résulteraient pour eux de ces transmissions occultes. De là l'article 2279 du Code civil décidant qu'en fait de meubles possession vaut titre; en matière de meubles, le possesseur de bonne foi est le propriétaire *erga omnes*; à toute action réelle de tiers revendiquant le meuble, il répondra victorieusement en opposant sa seule possession. L'endossataire sera donc repoussé par toute personne qui pourra invoquer l'article 2279 du Code civil, en d'autres termes, son endossement n'a pu suffire à le rendre propriétaire *erga omnes*. — Pour les immeubles, la loi du 23 mars 1855 impose la même solution: dès lors que la transcription du titre constitutif est exigée pour que soient opposables aux tiers les droits acquis sur un immeuble, l'endossement d'un titre à ordre reste impuissant à lui seul à produire cet effet.

Il faut donc conclure à l'impossibilité dans notre droit d'une titularisation du droit réel permettant son transfert par la circulation du papier, dont le titulaire jouirait d'une situation inattaquable, et nous limiterons aux droits personnels notre extension de la clause à ordre (1).

(1) En ce sens : WAHL. *Tit. au port.*, t. I, n° 547, pp. 363-364. — Nulle législation ne paraît avoir admis la transmissibilité des droits réels par endossement. Cfr. PLANIOL. *Dr. civ.*, T. I, n° 1374-1390. Même dans le système Torrens, l'acquéreur d'un immeuble n'est point substitué au précédent propriétaire par un endossement du titre primitif; celui-ci est annulé et un nouveau titre est délivré à l'acquéreur.

Il est cependant un droit réel qu'il faut excepter de notre conclusion : le droit d'hypothèque, que nous devrons étudier séparément, par suite des conséquences particulières qu'entraîne pour lui son caractère de droit accessoire.

72. — *Allemagne.* — Les indécisions que nous avons vu se produire en France, nous les retrouvons en Allemagne. Le Code de commerce allemand de 1897, § 363, énumère les actes qui peuvent contenir la clause à ordre (1). Cela n'empêchera évidemment pas de l'insérer ailleurs, faute d'une disposition légale prohibitive (2), mais quels seront ses effets ? Il est certain tout d'abord qu'elle produira ses effets ordinaires dans les actes où son insertion aurait été autorisée par une disposition législative spéciale émanée de l'un des pays de l'empire (3). Quant aux autres actes, les auteurs disputent. Pour Thoel (4), toute créance peut être à ordre et l'endossement a partout les mêmes effets. D'après Brunner (5), l'inopposabilité des exceptions serait une

(1) Ce sont : la lettre de change, l'assignation commerciale (*Kaufmännische Anweisung*), la créance commerciale conforme au § 301 du Code de commerce, le connaissement, la lettre de voiture, le warrant, le prêt à la grosse aventure, la police d'assurance maritime.

(2) Toutefois, l'art. 363 du Code de commerce n'admet pas l'endossabilité du titre où la prestation dépend de l'exécution d'une contre-prestation. — DÜRINGER UND HACHENBURG : *Handelsgesetzbuch von 10 mai 1897*, t. II, p. 443, notes 2 et 6.

(3) L'ancien Code de commerce le déclarait formellement dans son § 304, non reproduit par le Code de 1897. Il semble pourtant que cette solution soit maintenue par l'art. 15 de la loi d'introduction du Code de commerce de 1897, qui autorise les états confédérés à remplacer par de nouvelles dispositions législatives les lois anciennes qui demeurent maintenues.

(4) THOEL. *Handelsrecht*, p. 652.

(5) BRUNNER. *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch*, t. II, § 198, p. 190.

faveur réservée aux effets de commerce et actes énumérés par le § 363 du Code de commerce allemand, et qui ne doit être étendue aux simples créances à ordre que s'il y a convention expresse ou texte de loi formel (1). L'opinion la plus généralement admise est celle qui voit dans ces titres un Rektapapier (2).

Le Rektapapier présente avec les titres à ordre et au porteur cette analogie que le créancier ne peut faire valoir son droit qu'en présentant le titre (§ 808, C. civ.), exigence qui le sépare nettement des créances ordinaires, pour lesquelles cette présentation est inutile (§ 371, C. civ.). Mais son transfert est soumis aux règles ordinaires du droit des obligations : chaque nouveau créancier est le successeur juridique de son auteur. Il subit par conséquent toutes les exceptions nées dans la personne de celui-ci (3).

La particularité essentielle du Rektapapier est donc que, pour le transfert du droit, en dehors d'un contrat de cession sans forme spéciale, il faut la remise du titre, pour que l'acquéreur puisse le faire valoir. Le Code civil allemand déclare inefficace la simple convention de cession sans remise du papier (Cfr. C. civ., § 792, 1^{er} al., et 1154, 1^{er} al.).

(1) En tous cas la jurisprudence décide qu'il ne peut être question d'incorporation en ce qui les concerne « da sie keinen selbständigen realisirbaren Vermögenswerth haben ». *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1895, t. XLIII, p. 357.

(2) KONRAD COSACK. *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II (1901), § 269, I, p. 371. — JACOBI. *Die Werthpapiere*, § 39, p. 236 : « Sont des Rektapapierere les Namenpapiere que la loi n'autorise pas expressément à faire à ordre et les papiers déclarés à ordre par la loi, mais où l'on a inséré la clause « non à ordre ».

(3) Cfr. COSACK. *Ibid.*, § 272, III. — BRUNNER. *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch*, to. II, § 197 : *Die Rektapapiere*, pp. 177-185. — JACOBI. *Die Werthpapiere*, § 39 : *Die Rektapapiere*.

73. — *Italie.* — La possibilité d'insérer la clause à ordre dans tout titre de crédit, dans toute créance, alors même que la loi ne l'autorise pas expressément, est universellement admise en Italie par la doctrine et la jurisprudence (1). « Sans doute l'insertion trop facile de la clause à ordre peut nuire au débiteur, puisqu'elle le met dans l'impossibilité d'opposer les exceptions non tirées de la forme seule du titre ; mais l'obligation d'inscrire sur ce titre les mots à ordre ou un équivalent fixe son attention sur la nature de l'engagement qu'il contracte. — Sans doute il y a là un danger pour les créanciers, par la facilité offerte à leurs débiteurs de faire s'évanouir leur patrimoine par simple endossement ; mais cela ne saurait suffire à rendre impératives les règles tutélaires de la cession, d'autant qu'elles ont pour fondement la protection, non des créanciers, mais du cessionnaire, contre les fraudes possibles du cédant (2). »

La clause à ordre est fréquente dans beaucoup de places pour certains contrats de vente, surnommés *contratti stabiliti*. Le vendeur émet un titre par lequel il s'engage à délivrer les choses vendues, — et à exécuter les autres obligations accessoires, — entre les mains de celui qui présentera le titre en qualité d'endossataire régulier et définitif. C'est dire que l'insertion

(1) VIDARI. *Corso di diritto commerciale*, 5^e éd., to. II, 1901, n^o 2050-2054, pp. 717-722. — CES. VIVANTE. *Trattato di diritto commerciale*, to. III (2^e éd., 1904), n^o 1422-1426, pp. 520-528. Ces deux auteurs paraissent s'inquiéter de l'extension de la clause à ordre dans les seuls contrats commerciaux, mais les arguments sur lesquels ils s'appuient conduisent aussi bien à une généralisation complète.

(2) VIVANTE. *Tratt. di diritto comm.*, to. III, n^o 1422.

de la clause à ordre dans un contrat synallagmatique est considérée comme parfaitement licite (1).

Quant aux effets de la clause à ordre, ce sont les mêmes que ceux produits par elle dans les actes où la loi prévoit son insertion. — Il y a cependant controverse au point de vue de la garantie. Si quelques auteurs (2) admettent l'extension à l'endossement des créances civiles des règles posées sur ce point pour la lettre de change, la généralité de la doctrine se prononce en sens contraire (3). Partout en effet où la loi prétend faire produire à l'endossement la responsabilité solidaire qu'il cause dans les lettres de change, elle a soin de le dire expressément et de déterminer avec précision les formes, délais et restrictions du recours en garantie. Il est bien douteux que la coutume ait en pareil cas cette force de suppléer au silence de la loi ; d'ailleurs l'on ne peut dire qu'il y ait, en Italie, de coutume sur ce point, ou, s'il y en a une, elle est contraire à l'extension de la garantie solidaire.

(1) VIVANTE. *Ibid.*, n° 1423. — VIDARI. *Corso di diritto comm.*, to. II, n° 2052; il en donne l'exemple suivant : « Par ce billet, je dois livrer tel jour, à l'ordre de N. N., trois barils d'huile de Nice, contre paiement de dix lire. » — Cfr. plus haut, n° 19, la tentative originale de la Société coopérative de Bologne pour augmenter le crédit des agriculteurs au moyen de factures à ordre.

(2) VIDARI. *Ibid.*, nos 2062, 2065, 2067.

(3) PAGANI. *Diritt. comm.*, to. III, 164. — VIVANTE. *Ibid.*, n° 1425 : « Le possesseur qui n'obtient pas le paiement du débiteur principal n'a pas le droit d'exercer contre son endosseur d'autre recours que celui qui peut résulter de l'acte juridique intervenu entre eux ; il ne peut agir contre les autres, à qui le passage du titre n'a imposé aucune obligation de garantie envers le possesseur. »

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXISTENCE DES CRÉANCES CIVILES

A ORDRE

74. — L'étude des conditions d'existence de la créance civile à ordre, comme celle de son endossement ou de son extinction, consiste essentiellement à rechercher d'une part, quelles modifications aux règles civiles des conventions, vont résulter de ce que la clause à ordre a été insérée dans cette créance, — et, d'autre part, quelle influence exercera sur les règles ordinaires de l'ordre, le fait que la clause est inscrite dans une créance civile.

Double problème, dont la solution se heurte à une grave difficulté : la loi, qui établit soigneusement les principes généraux des obligations conventionnelles, ne pose nulle part les règles propres de la clause à ordre considérée isolément. — Restreint, au xvii^e siècle, à un petit nombre d'actes, aux seuls effets de commerce, l'ordre a été réglementé de ce point de vue tout spécial, comme accessoire de quelques rares contrats commerciaux, et tout particulièrement de la lettre de change ; de là une confusion, un mélange intime, où l'on ne sait trop comment distinguer avec précision la part de l'ordre et celle du change. Or, des règles ainsi

posées, les unes doivent être généralisées comme découlant de la clause à ordre, au lieu que les autres sont toutes spéciales au contrat particulier dont s'occupe la loi.

Il s'agit donc d'établir le caractère général ou spécial de chaque disposition législative. Telle condition d'existence imposée au billet à ordre, tel effet produit par la lettre de change, ont-ils pour cause la clause à ordre ? C'est seulement après avoir pris position sur ce point, et dans le cas de solution affirmative, qu'il devient possible d'établir les conséquences de l'insertion de cette clause dans les créances civiles.

Il importait de faire ressortir cette marche nécessaire de la discussion pour légitimer les emprunts que nous serons contraints de faire au droit commercial, et les renvois fréquents aux règles des effets de commerce rendus ainsi indispensables.

Nous étudierons successivement les deux hypothèses suivantes :

Ou bien la créance civile est affectée dès sa naissance de la clause à ordre ;

Ou bien cette clause n'y est introduite que postérieurement.

SECTION PREMIÈRE

LA CRÉANCE CIVILE EST AFFECTÉE DE LA CLAUSE A ORDRE DÈS SA NAISSANCE

§ 1^{er}. — Conditions de forme.

75. — Recherchons en premier lieu les modifications que pourra entraîner l'insertion de notre clause

dans les conditions de forme du contrat lui-même. Nous avons indiqué (n° 61), l'absolue nécessité de la confection d'un écrit venant s'ajouter comme condition supplémentaire dans les cas où la loi n'imposait pas déjà cette rédaction d'autre part; c'est ainsi qu'un contrat de prêt inférieur à 150 francs, où l'on désire stipuler que le remboursement de la somme due sera fait au prêteur ou à son ordre, doit être constaté par écrit, bien que la loi ne l'exige d'aucune façon, et pour cette seule raison que l'on a créé le droit à ordre (1).

Peu importe donc que l'on se soit contenté d'un acte sous-seing privé, ou que l'on ait eu recours à un notaire, l'intervention de ce dernier n'étant d'ailleurs requise que dans les actes où la loi l'exige (donations, etc.). Le notaire, à son gré, suivant le désir des parties et selon les prescriptions légales (2), peut dresser l'acte en brevet ou en minute. Mais, dans ce dernier cas, le débiteur devra prendre grand soin de ne payer que sur la présentation de la grosse, faute de quoi, et s'il avait payé sur simple expédition, il ne serait nullement libéré vis-à-vis de l'endossataire de la grosse, véritable créancier.

Le débiteur, au courant des particularités de l'obligation qu'il a souscrite, se gardera bien de commettre

(1) Il ne s'ensuit pas que le contrat à ordre soit un contrat solennel; sans doute, il lui faut bien, pour acquérir son efficacité juridique, la rédaction d'un écrit. Mais c'est par suite, non pas d'une exigence légale, mais de la force des choses. WAHL. *Tit. au port.*, t. I, n° 420, p. 298. — Il importe de remarquer que l'inexistence de la clause à ordre résultant de l'absence d'écriture n'empêchera pas la validité de la convention principale; la clause seule est effacée : nulle en tant que contrat à ordre, la convention se maintient comme contrat ordinaire. — Cf. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 56.

(2) Loi du 25 ventôse an XI, art. 20.

une aussi grossière imprudence. — Mais le danger n'existe-t-il pas du moins pour les héritiers du débiteur ? Ignorants des circonstances de la dette, ne sont-ils pas exposés à payer sans exiger la remise de la grosse ? Ici encore, le danger, plus apparent que réel, ne pourrait se réaliser que grâce à une véritable étourderie. Il faudrait que les héritiers ne prissent même pas la peine de lire l'obligation que le créancier doit leur remettre pour justifier de son titre. Pareille négligence serait d'autant plus impardonnable qu'il s'agit précisément d'un acte auquel ils ne sont pas intervenus et dont par suite ils ne connaissent pas les conditions. La simple lecture du titre va leur apprendre ce qu'ils ignorent, leur montrer que l'obligation est à ordre et qu'elle a été dressée en minute ; avertis, ils exigeront la production de la grosse. Les héritiers sont donc bien à l'abri de toute surprise (1).

76. — L'acte reste par ailleurs soumis aux conditions de formes générales imposées à tout contrat civil. S'il établit un rapport synallagmatique, il faudra le dresser en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1325 C. civ.) (2) ; si l'obligation est unilatérale, un seul exemplaire et une seule

(1) M. BEUDANT, dans sa note dans D. 1878, I. 241, a donc tort, croyons-nous, de proposer la restriction de la clause à ordre aux actes notariés en brevet, en s'attachant à la justifier par l'ignorance où peuvent, dans le cas de décès du souscripteur, se trouver ses héritiers : les mesures de protection sont inutiles où suffit la plus élémentaire prudence.

(2) Il est évident que chaque partie, en pareille hypothèse, concède par l'endossement les seuls droits propres que lui confère l'acte ; ainsi, le vendeur, la créance du prix, — l'acquéreur, celle de la livraison. Suivant que le premier endosseur est l'une ou l'autre des parties, c'est l'une ou l'autre des deux créances qui est transférée.

signature suffiront, mais il faudra observer la formalité du bon pour, dans le cas où le titre ne serait pas écrit en entier de la main du souscripteur, sauf les exceptions indiquées par le Code (art. 1326 C. civ.) (1). Même solution pour les règles spéciales qu'il y aurait lieu d'observer; c'est ainsi que l'acte de donation à ordre doit être notarié (art. 931 C. civ.), à peine de nullité, etc. Les conditions de forme imposées par le Code à une convention ne sont pas modifiées par l'adoption de la clause à ordre.

77. — Nécessité de constater la créance dans un acte écrit, telle est donc en résumé la seule conséquence de la clause à ordre sur les conditions d'existence de l'obligation.

A l'inverse, quelles modifications la clause à ordre elle-même subit-elle du fait de son insertion dans une créance civile? Et tout d'abord, quelles sont les conditions imposées par la loi dans les actes où elle en prévoit l'insertion? Fort rigoureuse pour certains titres à ordre où elle exige à peine de nullité telles ou telles énonciations (billet à ordre, lettre de change, etc.), la loi se borne pour d'autres à quelques énonciations (chèque). De ces conditions de forme, lesquelles faudra-t-il observer dans le contrat civil à ordre? Celles-là seules évidemment qui tiennent à la nature de l'ordre, laissant de côté toute exigence qui posséderait un autre fondement, tout ce qui se rattacherait par exemple au con-

(1) RIVIÈRE. *Répét. écrites sur le Code de com.*, 3^e éd., 1860, p. 247, sur l'art. 112 du Code de commerce. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1385. — Paris, 29 juillet 1902. *Gaz. du Pal.*, 1902, II, 375. — Cass. req. 20 décembre 1892. S. 1895. I, 71.

trat de change ou viendrait du caractère d'effet de commerce de l'acte réglementé.

« Le billet à ordre est daté », dit l'article 188 du Code de commerce, et nous retrouvons cette exigence dans l'article 110, 2^o, du Code de commerce, pour la lettre de change, dans la loi des 14-20 juin 1865, article 1^{er}, 2^o, pour le chèque, — tandis qu'elle n'est imposée ni pour le prêt à la grosse aventure (art. 311 C. com.) (1), ni pour le connaissance (art. 281 C. com.) (2), ni pour les warrants et récépissés des magasins généraux (loi 28 mai-11 juin 1858, art. 1 et 2), ni pour les warrants agricoles (loi 18 juillet 1898, art. 3 et 4). La date n'apparaît donc pas comme conséquence forcée de la clause à ordre, — et comme, d'autre part, sa mention n'est indispensable que dans les actes où la loi la requiert formellement, il faut conclure que son absence reste sans influence sur la validité de la créance civile à ordre. Observation d'intérêt plutôt théorique, car l'usage constant pour les actes sous seing privé, l'obligation stricte imposée aux notaires par la loi du 25 ventôse an XI, article 12, 2^o alinéa, pour les actes authentiques, font qu'il n'est pas d'acte où, en fait, la date ne soit mentionnée.

L'indication de la somme à payer ou, plus généralement, de l'objet de l'obligation, indication requise pour la lettre de change, le billet à ordre, le prêt à la grosse, etc., est évidemment essentielle dans tout contrat à ordre, quel qu'il soit. Mais il serait inexact d'y

(1) PARDESSUS. *Cours de Droit com.*, t. III, n^o 901, pp. 536-537. — Cresp et Laurin. *Droit maritime*, t. II, pp. 261-278.

(2) PARDESSUS. T. III, n^o 722, pp. 193-194.

voir une exigence particulière de notre clause ; ce n'est qu'une application de la règle que toute obligation doit avoir un objet déterminé (art. 1126 C. civ.), principe absolument général et s'appliquant aux obligations à ordre, non parce qu'elles sont à ordre mais bien parce que ce sont des obligations (1).

Nous ferons la même observation en ce qui concerne le nom des parties contractantes, essentiel également et pour les mêmes motifs.— Il importe cependant d'éviter toute confusion possible ; lorsque l'article 1108 du Code civil requiert pour la validité d'une convention l'existence de cocontractants et d'un objet certain, il ne demande point qu'il en soit dressé un écrit, il ne s'inquiète pas de la question de preuve, celle-ci restant sans influence sur l'obligation elle-même (2). L'insertion de la clause à ordre impose donc une condition de forme nouvelle, en nécessitant la constatation par écrit de l'objet et des parties figurant au contrat, en en faisant une condition de forme sanctionnée par l'inexistence. Simple confirmation particulière du principe sus-indiqué, que notre clause exige absolument la rédaction d'un écrit.

Quant à la date du paiement, requise dans la plupart des titres à ordre, il y faut voir une condition indispensable à l'observation des délais forts brefs et rigoureux impartis aux recours en matière d'effets de commerce, non une condition de tout contrat à ordre. N'est-il pas aujourd'hui sans conteste que l'obligation à ordre peut être conditionnelle, n'avoir, par conséquent, pas de

(1) PARDESSUS. T. II, n° 462, p. 353.

(2) Cf. AUBRY et RAU. T. IV (5^e éd.), § 306.

date fixe d'échéance (1)? Que la créance soit à ordre ou non, la non-indication de la date du paiement marque simplement qu'il n'a pas été concédé de terme exprès au débiteur, que la créance est par conséquent immédiatement exigible (2).

La mention de la valeur fournie ne nous paraît également nécessaire que dans les actes où elle est imposée par la loi (lettre de change, art. 110 C. com., — billet à ordre, art. 188 C. com., etc.). Son seul avantage est de révéler ainsi à première vue la cause de l'obligation; encore doit-on tenir compte de la facilité avec laquelle on énonce une valeur simulée et du vague de certaines formules de valeur fournie, reconnues pourtant comme valables. Critiquée par la doctrine (3), non imposée au chèque (loi 14-20 juin 1865, art. 1^{er}, 2^e al.), regardée comme inutile et gênante, l'indication de la valeur fournie ne doit pas être exigée de la créance civile, affectée de la clause à ordre. En effet, elle ne découle pas de cette clause, puisque la plupart des titres où elle doit être insérée ne la donnent pas; elle n'est pas davantage requise dans tout contrat de façon générale, puisque l'article 1132 affirme expressément, au contraire, la validité de l'écrit qui constate une convention sans en énoncer la cause. Elle n'est donc pas

(1) Trib. civ. Céret, 9 juin 1903. D. 1904, II, 153 et la note.

(2) Cf. CES. VIVANTE. *Tratt. di diritto comm.*, t. III, n° 1423, p. 524.

(3) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, p. 56, note 1. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 82 : « Nous croyons, avec la plupart des auteurs, qu'il y a là une mention inutilement gênante. » — THALLER. *Dr. com.*, n°s 1372 et 1373. — Cf. *Annales Dr. com.*, 1903, p. 368. — L'Allgemeine Deutsche Wechselordnung, art. 4, ne l'exige pas.

nécessaire (1). D'ailleurs, pratiquement, le contrat n'indique-t-il pas toujours sa cause ?

Vient enfin la clause à ordre proprement dite, dernière mention exigée par l'article 110 du Code de commerce pour la lettre de change, exigée dans tous autres actes à ordre, dans ceux-là même qui doivent nécessairement contenir cette clause ; on ne peut l'y sous-entendre et son oubli aurait pour conséquence la nullité de l'acte. Tout titre à ordre doit évidemment la contenir, sous peine de perdre son caractère (2). Il n'y a pas d'ailleurs de formule rigoureuse, de termes sacramentels ; il suffit que l'intention résulte, certaine, des mots quelconques employés (3). Par contre, une clause ambiguë, telle par exemple que l'on ne sache pas au juste si l'on se trouve en présence d'une clause à ordre ou d'une clause au porteur, doit être considérée comme

(1) Trib. civ. Céret, 9 juin 1903. D. 1904, II, 153. — Il faut en conclure en faveur de la validité aux yeux des tiers de l'obligation à ordre de donner une somme d'argent sans indication de cause et rédigée sous seing privé, alors même que cette obligation serait à titre gratuit. La nullité résultant de l'inobservation des formes requises par la loi pour les donations peut bien être invoquée entre les parties, mais non contre un tiers, qui n'a pas à se préoccuper de la cause de l'obligation, ni par suite des formes particulières que cette cause peut exiger. — Cf. BOUVET. De la cause. *Thèse* Paris 1897, pp. 129-131.

(2) En Allemagne, certains titres sont endossables, même si la clause à ordre n'y est pas exprimée (*Staatsschuldverschreibungen*, etc.). — BRUNNER. *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch*, t. II, § 198, p. 189. — On avait voulu le soutenir en France pour la lettre de voiture, mais la Cour de cassation a repoussé ce système. Cass. civ. 12 janvier 1847. S. 1847, I, 273. — En ce sens : BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. II, p. 344 ; — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 880. — Contra : BOISTEL. N° 540 ; — DEBRAY. *La cl. à ordre*, p. 148.

(3) Même règle en Allemagne : BRUNNER. *Die Wertpapiere*, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrecht*, t. II, § 198. II, p. 188-189, note 22, — et en Italie, VIVANTE : *Tratt. di diritto comm.*, t. III, n° 1424.

non avenue et la créance, retombée dans le droit commun, serait soumise à la cession.

Pour résumer : les conditions de forme de la clause à ordre elle-même sont des plus simples : elles se bornent à son insertion dans le contrat. Quant aux modifications qu'elle entraîne dans la forme du contrat lui-même, elles se résument en ceci, que la convention soit constatée par écrit. Pour le reste, il n'y a qu'à se conformer aux règles générales posées par le Code civil en matière d'obligations.

§ II. — Conditions de fond.

78. — L'article 1108 du Code civil impose quatre conditions essentielles pour la validité d'une obligation : le consentement des parties, leur capacité, un objet certain et une cause licite. Nous étudierons successivement chacune de ces conditions de fond, nous attachant ici encore à rechercher quelles seront à leur égard les conséquences de la clause à ordre ; les règles générales s'appliquent-elles purement et simplement, ou sont-elles modifiées par cette clause, soit dans leurs exigences, soit surtout dans leur sanction ?

79. — *Consentement.* — Le contrat affecté de la clause à ordre reste une convention, c'est-à-dire l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique productif d'obligations (1). Nous avons vu que la conception de l'engagement unilatéral du débiteur ne saurait être admise en France et que, le serait-elle, on ne peut y rattacher le titre à ordre. Il y a contrat, donc

(1) PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, n° 943.

deux personnes au moins en présence, deux contractants, un débiteur et un créancier, dont le consentement, l'accord de volontés sont également indispensables.

80. — Parlons d'abord du consentement du débiteur et spécialement du moment précis où il existe définitivement et où est conclu le contrat. L'obligation naît en principe dès que les parties se sont mises d'accord ; nulle exigence de forme ni d'expression. Un contrat de prêt par exemple devient définitif à l'instant où le débiteur accepte les offres du créancier, quelle que soit d'ailleurs la manière dont se manifeste cette acceptation. Mais si l'on entend faire de cette convention un contrat à ordre, il faudra que le débiteur consente par écrit ; jusque là on pourra bien avoir un contrat de prêt ordinaire, mais non un contrat à ordre.

A cette question se rattache celle du vol avant l'émission, d'une importance considérable pour les titres au porteur (1). En ce qui concerne les titres à ordre, le vol avant l'émission est pratiquement fort rare, par suite soit du danger que court le voleur, qui ne peut guère être que le bénéficiaire du titre, personne dénommée et connue, soit de ce que le titre à ordre n'est pas, comme le titre au porteur, émis en masse, donc préparé d'avance, mais ordinairement écrit au moment où on va le livrer. Cette dernière observation a plus de force encore lorsqu'il s'agit non d'effets de commerce, mais d'une créance civile, où se trouve insérée la clause à ordre, écrite le plus souvent par les parties en présence l'une de l'autre. Quoi qu'il en soit, le problème sub-

(1) WAHL. *Tit. au port.*, t. II, 5^e part., ch. III.

siste : dans le cas où le débiteur a souscrit une créance civile à ordre et où cette créance vient à être mise en circulation contre la volonté du débiteur, celui-ci est-il obligé, sinon envers le voleur même, du moins envers l'endossataire de bonne foi (1) ?

Envers le voleur, pas d'obligation, cela est certain ; nul ne peut s'assurer un droit par son propre délit. — La situation de l'endossataire, fût-il de bonne foi, ne nous paraît pas meilleure ; jusqu'à ce que le titre ait été reçu et accepté par le bénéficiaire, le débiteur reste libre de révoquer son offre et de reprendre la détention du titre (2) ; le vol dont il a été victime ne modifie pas sa situation juridique, ne lui fait pas perdre le droit de retirer son offre, et c'est un papier sans valeur, un simulacre d'obligation que l'endossataire a entre les mains. Que ce dernier soit de bonne foi, cette qualité ne suffit pas à lui faire acquérir un droit où il n'en existe point, et sa situation ne paraît d'ailleurs pas plus intéressante que celle du débiteur. Il y a donc là une exception opposable à l'endossataire, bien qu'elle ne lui soit pas révélée par le titre (3). Son droit direct n'a pu se

(1) Les raisons proposées pour éviter une obligation aussi immorale sont des plus variées. En Allemagne, les contractuels qui admettent l'idée d'incorporation déclarent que le créancier n'a de droit qu'autant qu'il a acquis la propriété du titre par une tradition du débiteur, par un *Begebungsvertrag*. La *Kreationstheorie* n'y échappe que par un pénible détour (v. pl. h., p. 38, note 3).

(2) Cass. req., 7 mars 1882. S. 1883. I. 241 et note de Labbé.

(3) Cette solution, adoptée par la jurisprudence, est critiquée par PICHON. *De l'inopposabilité des excep. au port. d'un tit. à ordre*, pp. 114 et sqq. — Il est bon de remarquer que le débiteur peut néanmoins se trouver obligé de payer la créance civile à ordre qui lui a été volée. Il y sera contraint, s'il ne peut faire la preuve de l'irrégularité de l'émission, preuve qui lui incombe, puisque l'émission apparaît régulière à l'examen de l'acte. De même, il sera tenu, à raison de sa faute, dans le cas où il

former en effet : il ne saurait résulter que d'une offre à lui faite par le débiteur, et le vol est justement intervenu avant que cette offre se soit réalisée par la remise régulière du titre au premier créancier.

La même solution est à donner dans le cas de faux ; le prétendu débiteur n'est pas obligé puisqu'il y a de sa part absence totale de consentement.

81. — Enfin, le consentement peut exister mais être vicié par suite d'erreur, de dol ou de violence. Les effets de ces différents vices entre les parties sont les mêmes pour l'obligation, qu'elle soit à ordre ou non. Que décider à l'égard des tiers ? Le débiteur peut-il se prévaloir contre l'endossataire de bonne foi du vice qui l'a amené à consentir au contrat ? La plupart des auteurs répondent négativement (1), quel que soit d'ailleurs le vice du consentement ; ils ne veulent pas que le porteur de bonne foi souffre d'un fait qui lui est étranger, et trouvent plus juste que le débiteur soit victime de ces circonstances regrettables. Solution hardie (2) et

aurait effectivement commis une faute quelconque ou une imprudence grave (titre abandonné dans une pièce où tout le monde peut entrer, etc.). Si bien que l'on peut conclure avec WAHL, *Tit. au port.*, t. I, n° 378 : « S'il est certain que le débiteur n'est pas obligé en vertu du titre, il l'est dans la plupart des cas, parce qu'il a été négligent. » Mais, en pareille hypothèse, le débiteur est tenu, non pas en vertu du contrat à ordre, mais à raison de sa faute, qui l'oblige à réparer le dommage causé à l'endossataire.

(1) BEDARRIDE. *Lettre de ch.*, t. I, n° 202. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. t. III, pp. 257-258. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 550. — PICHON. *De l'inoppos. des except. au port. à ordre*, pp. 121-123.

(2) En Allemagne, les partisans les plus déterminés de l'engagement unilatéral et de la Kreationstheorie ne vont pas aussi loin. Ainsi, COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 257, p. 339, dit que le souscripteur n'est pas engagé dans le cas de violence pour lui faire signer l'acte, bien qu'il le soit, conformément au § 794, C. civ. allem., dans le cas où, le titre étant parfait, il vient à être volé avant l'émission ;

de valeur juridique douteuse, que la sécurité nécessaire à la circulation de la créance civile à ordre n'est peut-être pas suffisante à justifier. — Ce système n'est d'ailleurs suivi ni par la jurisprudence, ni par quelques auteurs qui proposent une distinction plus équitable (1) : la violence est opposable à tout endossataire, même de bonne foi, la victime ayant autant et plus de droit à être protégée que celui-ci ; le dol au contraire est inopposable, car d'après l'art. 1116 du Code civil, le dol ne vicie le contrat et ne peut être opposé qu'à la personne qui en est l'auteur.

Solutions en parfait accord avec l'idée d'engagement direct et spécialement avec celle d'une offre faite par le débiteur : la violence ou l'erreur, qui entache le contrat primitif, vicie également l'offre faite aux endossataires et donne au débiteur la faculté de se dégager vis-à-vis de tous (2) ; le dol commis par le premier créancier le concerne seul et ne saurait vicier l'offre faite ni les engagements pris envers les endossataires postérieurs, étrangers par hypothèse à toute manœuvre frauduleuse ; — ils ne sont pas des ayants cause (3).

c'est que, dans le premier cas, ce n'est pas simplement l'émission (Ausgabe) du titre qui est viciée, mais sa création même (Ausstellung).

(1) BOISTÉL, h° 786. — L.-C. et R., *Précis*, t. I, n° 1140 ; — *Traité*, t. IV, n° 202 et 203. — THALLER : n° 1468 et 1470. — Cass. civ. 25 mai 1894. D. 1894. I. 447 déclare le dol du créancier inopposable à l'endossataire de bonne foi.

(2) Ainsi, en matière d'assurances, la fausse déclaration entraînant une erreur de l'assuré reste opposable par celui-ci à tout endossataire. Cfr. note de M. TISSIER dans S. 1895, I, 225.

(3) En matière d'assurances maritimes cependant, un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 31 juillet 1893. D. 1895, I, 139, et note de M. LEVILLAIN critiquant cette décision) autorise l'assureur à opposer à l'endossataire la nullité de la police fondée sur le dol qui a vicié la formation du contrat ; pareille solution, en désaccord avec tous les principes admis en

82. — Le consentement du créancier, indispensable lui aussi à la formation du contrat, sera établi le plus souvent par sa signature à l'acte. La signature, qui se rencontre toujours dans les contrats synallagmatiques, peut manquer cependant dans un contrat unilatéral ; le consentement du créancier résultera en ce cas pour les tiers de l'endossement fait et signé par lui. — Les principes indiqués pour le consentement du débiteur conservent ici leur application. Il faut observer toutefois que le dol commis par le débiteur pour amener le premier créancier à conclure le contrat sera opposable par tout endossataire, puisque c'est toujours l'auteur du dol, le débiteur qui reste en face de lui.

Enfin, le consentement des contractants est évidemment requis pour la clause elle-même. Lorsque la clause à ordre est insérée dans un titre constatant un droit quelconque, il faut que débiteur et créancier soient également d'accord pour cela. Ni l'un ni l'autre ne peut le faire sans l'assentiment de l'autre partie, car nul n'a le droit de modifier contre son gré la situation juridique de son cocontractant (1).

matière de titres à ordre, doit être repoussée : il n'y a pas de raisons d'instituer ici une règle spéciale, fût-ce pour favoriser les compagnies d'assurance. — LYON-CAEN et RENAULT, dans *Rev. crit.*, 1894, pp. 489-490, reprouvent cette thèse de la jurisprudence.

(1) L'on a douté pour ce motif, quelque temps, de la valeur de la clause à ordre insérée dans les clauses imprimées d'une police d'assurance ; les parties ont-elles prêté suffisante attention à cette clause importante qui déroge au droit commun ? Scrupule exagéré. On peut hardiment répondre que cette clause est imprimée pour cette simple raison que, connue de tout le monde, elle est devenue de style dans certaines assurances ; si les clauses imprimées ne dérogeaient pas au droit commun, ne faisaient que reproduire les règles générales des obligations, pourquoi s'amuserait-on à les insérer ? Et si on repousse la clause à ordre parce que exceptionnelle, pourquoi pas toutes les autres clauses imprimées ? La jurisprudence

83. — Capacité. — « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » Ce principe posé par l'article 1121 du Code civil, absolument général, doit s'appliquer à notre matière, et toute personne a l'aptitude juridique nécessaire pour souscrire une obligation civile à ordre, sauf les exceptions limitativement énumérées par la loi.

Nous n'avons donc sur ce point qu'à renvoyer aux règles générales établies en matière d'obligations, après avoir constaté l'absence de règles spéciales imposant des conditions particulières de capacité aux signataires d'un contrat à ordre. Les dispositions restrictives des articles 113 et 114 du Code com. ne doivent pas être étendues ; nées des dispositions rigoureuses du droit du change, elles n'ont de raison d'être que pour la lettre de change ou le billet à ordre (1), et nous ne sommes en présence ni de l'un ni de l'autre de ces titres spéciaux. — Au contraire, les incapacités partielles, empêchant telles personnes de contracter entre elles (articles 450, 3^o, 1595, 1596, 1597, 2045, etc. du Code civil), ou relatives à certains contrats seulement (article 513 du Code civil, etc.) s'appliqueront évidemment lorsqu'il y aura lieu tout comme les incapacités générales ; le fait d'insérer la clause à ordre dans un contrat ne saurait donner aux parties une capacité que la loi leur refuse (2).

d'ailleurs ne fait pas de distinctions et accorde la même force et valeur aux clauses imprimées qu'aux manuscrites. Dijon, 25 juin 1875. S. 1877, II, 67.

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n^o 108 et 483 et sqq. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n^o 61 et sqq. — THALLER. *Dr. com.*, n^o 1391 et sqq. — Cfr. VIDARI. *Corso di diritto comm.*, t. II, n^o 2056.

(2) DEBRAY. *La clause à ordre*, pp. 163-164, soutient le contraire, s'appuyant sur cette idée, que nous avons rejetée, que le contrat à ordre est un contrat abstrait.

Le moment où doit s'apprécier la capacité varie suivant la théorie que l'on admet pour expliquer le titre à ordre. La *Kreationstheorie* par exemple ou l'*Emissions-theorie* s'inquiètent de la seule capacité du débiteur et se placent pour l'apprécier, la première au moment de la signature du titre, la seconde à celui de sa remise. Suivant cette même idée que la capacité s'apprécie à l'instant où le contrat se forme, nous dirons avec les contractuels que le moment important est celui où le titre arrive entre les mains du preneur et que c'est à ce moment que doit être capable le souscripteur.

84. — La sanction de l'incapacité est la sanction ordinaire, c'est-à-dire la naissance au profit du débiteur d'une action et d'une exception lui permettant de faire annuler l'obligation ou d'en paralyser les effets. Pas de difficulté en ce qui concerne le premier créancier ou le porteur de mauvaise foi ; le débiteur peut leur opposer son incapacité. Mais le pourra-t-il également contre un porteur de bonne foi ?

Jurisprudence et doctrine s'accordent pour le lui permettre (1). Soutenir le contraire serait donner aux incapables un moyen de s'engager irrévocablement, ce qui serait aller directement contre la loi ; la protection de l'incapable, mineur ou autre, revêt un caractère d'ordre public qui doit la faire passer avant toute considération, avant l'intérêt de l'endossataire de bonne foi par conséquent ; celui-ci d'ailleurs qui, avant d'ac-

(1) Orléans, 3 juillet 1835, S. 35. II, 417. — Cass. civ. 19 février 1856. D. 1856, I, 86. — Paris, 13 juillet 1897. *Gaz. Trib.*, 29 sept. 1897. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 200 et 488. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 721, p. 448, note 1. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1402. — Contra : PICHON. *De l'innopos. des except. au port. d'un tit. à ordre*, pp. 136 et sqq. ●

cepter l'endossement proposé, s'est à coup sûr renseigné sur la solvabilité du débiteur, a commis, sinon une faute, au moins une imprudence à ne pas s'enquérir de sa capacité. — Cette idée de protection de l'incapable a même conduit la jurisprudence à autoriser le mineur à invoquer son incapacité dans le cas où il aurait post-daté l'obligation à ordre, y indiquant une date telle qu'on dût le croire majeur lors de son engagement. Le mineur ne doit être considéré comme tenu que dans le cas où il aurait accompli des manœuvres constituant un délit ou un quasi-délit (article 1310 du Code civil) (1).

85. — *Objet.* — La recherche des actes juridiques dans lesquels peut être insérée la clause à ordre, nous a fait connaître quels sont les objets possibles du contrat la contenant ; cet objet devra d'ailleurs remplir les conditions générales imposées par la loi : être dans le commerce, licite, etc.

Bornons-nous donc à renvoyer aux principes généraux du droit civil qui régissent sans modification cette matière, — et à indiquer que la nullité qui pourrait être la sanction d'un vice de l'objet du contrat serait évidemment opposable à toute personne, endossataire aussi bien que premier créancier, puisqu'un simple coup d'œil sur le titre de créance, aurait permis au bénéficiaire de se rendre compte du vice du contrat (2).

(1) Paris, 17 juillet 1894. D. 1895, II, 25, et note de THALLER. — Cass. req. 18 nov. 1898 et 21 mars 1899. S. 1899, I, 225 et note de WAHL. — Trib. com. de Marseille, 3 févr. 1903. *Recueil de Marseille*, 1903, I, 187.

(2) L'opposabilité à tous, exceptionnelle lorsqu'il s'agit d'un vice non révélé par le papier, devient la règle pour les vices apparents dans le titre. DEBRAY. *La clause à ordre*, p. 64. — LYON-CAËN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 472. — WAHL. *Titres au port.*, t. I, n° 749, p. 462. — Rapport de M. le conseiller COTELLE sous Cass. rej. 19 déc. 1892. S. 1895, I, 227. — Aussi

86. — *Cause.* — Nous avons vu que l'insertion de la clause à ordre dans un contrat n'a point cet effet exorbitant de transformer l'obligation qu'il constate en une obligation abstraite : notre législation n'admet pas que l'obligation puisse être considérée indépendamment de sa cause, comme existant en soi, d'une manière absolue. Comme les autres, l'obligation à ordre se rattache donc à une cause, et l'indication de cette dernière, la mention de la valeur fournie, est même une condition de forme rigoureusement exigée par la loi dans certains titres à ordre (v. pl. h., p. 113).

Que la créance soit à ordre ou non, sa cause reste la même ; ce sera toujours l'obligation de l'autre partie dans un contrat synallagmatique, la prestation reçue dans un contrat réel, l'intention de donner pour les libéralités (1). Ses conditions d'existence ni ses vices ne changent (2) et l'article 1131 du Code civil s'applique toujours entre les parties contractantes, débiteur et premier créancier : « L'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur cause illicite ne peut avoir aucun effet ».

87. — La situation des endossataires constitue le véritable problème ; quel effet va produire à leur égard le vice de la cause de l'obligation à ordre ? — Toute excep-

BRUNNER. *Die Werthpapiere* dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 198, p. 189, dit : « L'endossement fait acquérir à l'endossataire de bonne foi le droit titularisé tel qu'il est dans le papier (nach Maasgabe der Urkunde) ».

(1) Nous suivons ici la doctrine généralement admise, telle que l'expose par exemple BOUVET, *De la cause*, Thèse, Paris, 1897, sans pouvoir entrer dans les discussions occasionnées par la notion de la cause elle-même. — Cfr. PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, nos 1037 et sqq.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE. *Précis de dr. civ.*, t. II, nos 73-77.

tion qui tire de là son origine est inopposable au porteur, à cette seule condition qu'il soit de bonne foi. Tel est le principe. Peu importe que la cause soit fausse, illicite ou inexistante en fait ; l'endossataire qui l'ignorait n'en doit pas souffrir. La jurisprudence est unanime en ce sens (1), et, suivant le principe que la bonne foi est toujours présumée (art. 2268 C. civ.) elle impose au débiteur de faire la preuve de la mauvaise foi du bénéficiaire de l'endossement (2).

La doctrine a cherché à expliquer cette théorie traditionnelle, dont la véritable raison se trouve en somme dans la nécessité qu'il y avait d'assurer aux effets de commerce une circulation rapide en les rendant aussi sûrs que possible. Voir là une règle spéciale aux effets de commerce et née de leur fonction économique serait donc plus exact au point de vue juridique ; historiquement, cela est certain. Mais l'on a voulu en faire un principe général s'appliquant à tout titre à ordre, aux créances civiles comme aux autres et la jurisprudence est absolument fixée en ce sens. Quel fondement donner dès lors à cet engagement sans cause ?

La théorie de l'engagement unilatéral résoud fort bien la difficulté : une obligation née de la sorte, sans souci de la personnalité réelle de celui qui viendra la recueillir et s'en prévaloir, ne peut avoir d'autre cause que la seule volonté du débiteur, et les discussions soulevées par cette notion traditionnelle de la cause dispa-

(1) Cass. req. 19 mars 1860. S. 1861, I, 168. — Cass. req. 18 oct. 1886. D. 1886, I, 470. — Cass. req. 29 mars 1887. D. 1887, I, 151. — Cass. civ. 25 juin 1890. S. 1891, I, 437. — Nancy, 31 janv. 1893. S. 1893, II, 95. Voir la liste des arrêts dans SIREY, *Table générale*, V^{is} Endossement, § III, et Lettre de change.

(2) Bordeaux, 5 juillet 1888. *Gaz. Trib.*, 1889, I, 11.

raissent avec elle (1). Même facilité pour ceux qui admettent l'idée de contrat abstrait, supprimant la cause, remplacée par le titre, par la forme donnée au contrat (2). — Les autres systèmes qui conservent la cause et ne veulent pas, pour quelques anomalies du titre à ordre ou du titre au porteur, bouleverser notre droit des obligations, se heurtent à l'article 1131 du Code civil : que l'on voie dans l'endossement une cession de la créance primitive ou que l'on accorde à l'endossataire un droit direct né d'un contrat avec le souscripteur, il reste toujours que la créance cédée manquait de cause ou, dans le second cas, que le vice de la cause de l'obligation avec le premier preneur affectera de même le plus souvent l'engagement envers l'endossataire. En sorte que, pour ne pas se contenter de cette raison pratique, assez forte pourtant, qu'il y a là une conséquence nécessaire des besoins satisfaits par la clause à ordre, il faut chercher un autre fondement à l'obligation du débiteur.

Des deux parties en présence, débiteur et endossataire, la première est-elle bien irréprochable ? La cause est illicite et le débiteur accepte de s'engager en simulant une cause licite, ou bien il souscrit une obligation, dont il n'a pas reçu la contre-partie, dans le but de procurer un crédit fictif à son créancier, ou bien encore il s'engage imprudemment par un contrat sans vérifier l'existence d'une cause qu'il se figure à tort être réelle.

(1) KUNTZE, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. IV, § 14, II, p. 74.

(2) DEBRAY. *La cl. à ordre*, pp. 186 et 187. — SALEILLES : Résumé des dispositions du projet de Code civil allemand sur les sources de l'oblig., dans *Bull. Soc. légist. comparée*, 1889, p. 655. — Contra : WAHL. *Tit. au port.*, t. I, n° 401, p. 290, texte et note 2.

Un tiers ignorant, rassuré par les apparences de l'acte, devient endossataire, verse à son endosseur le prix convenu et, lorsqu'il s'adresse au souscripteur, s'aperçoit qu'il a été trompé et voit celui-là même par la faute de qui sa bonne foi a été surprise prétendre se soustraire à son obligation. Les conséquences de la faute ne doivent-elles pas retomber sur celui qui l'a commise ? Et la meilleure réparation ne consiste-t-elle pas à faire le débiteur rester en cause, lié par le contrat ? L'affirmative, adoptée par la plupart des auteurs (1), paraît la véritable, la seule explication possible de la jurisprudence.

88. — La nature particulière de chaque contrat est encore ici un élément dont il faut tenir compte. Dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de chaque partie est l'obligation de l'autre. La nullité de l'une de ces obligations, qui fait tomber l'autre *inter partes*, la laissera pourtant subsister au regard de l'endossataire de bonne foi (2). Mais il faut que le titre lui-même n'en ait rien révélé à l'endossataire ; dans le cas par exemple où il ressort de l'acte que les droits du premier créancier dépendent de l'exécution d'une obligation née au profit du débiteur, l'endossataire ne sau-

(1) ALAUZET : T. IV, n° 1408. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, p. 257 texte et note 1. — L.-C. et R. *Précis*, t. I, n° 1140 ; — *Traité*, t. IV, n° 201. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 548.

(2) La jurisprudence, constante en ce sens en matière d'effets de commerce, hésite pour les assurances dont la police est à ordre. Des arrêts nombreux autorisent l'assureur à se prévaloir, même contre l'endossataire de la nullité résultant d'une réticence ou d'une fausse déclaration. Paris, 3 févr. 1891. S. 1894. II. 301. — Cass. req. 19 déc. 1892. S. 1855. I. 225, et note de M. Tissier adoptant cette théorie. — Contra : L.-C. et R. *Traité*, t. VI, n° 1457, pp. 432 et 433 ; — et dans *Rev. crit* 1892, p. 361. — LEFORT. *Assur. Vie*, t. II, p. 179. — Cass. 31 juillet 1893. D. 95. I. 137.

rait prétendre aucun droit faute par son endosseur d'avoir payé ce qu'il devait. Cette observation vise principalement les polices d'assurance, où elle rencontre de fréquentes applications ; l'assureur peut certainement opposer à tout porteur l'inobservation par l'assuré des obligations à lui imposées par sa police (aggravation de risques non signalée, etc.) ou le non paiement des primes à leur échéance (1). Ce sont là clauses expresses de la police et la résiliation de l'assurance qui résulte de leur inobservation ne doit pas surprendre l'endossataire prévenu par la police de cette éventualité (2).

Faut-il généraliser et permettre au débiteur de se prévaloir de la condition résolutoire tacite de l'article 1184 du Code civil ? La loi, qui ne prévoit et règlement la clause à ordre que dans des actes unilatéraux, n'a pu résoudre le problème. Il faut recourir aux principes généraux, donc conclure en faveur de l'application de l'article 1184 du Code civil contre l'endossataire. Il serait illogique en effet de distinguer entre condition résolutoire expresse et condition résolutoire tacite ; l'endossataire est prévenu de l'une comme de l'autre

(1) LEFORT. *Ass. Vie*, t. II, pp. 179-180. — PICHON. *De l'inoppos. des except. au port. d'un tit. à ordre*, pp. 358-367. — Cass. req. 5 août 1889. S. 1891. I. 335, confirmant Paris, 20 janv. 1888. S. 1889. II. 97.

(2) Le droit de l'endossataire apparaît donc bien fragile, et le plus sûr est pour lui de s'entendre avec l'assureur et l'assuré pour payer désormais les primes. Il semble même strictement juste qu'il puisse les payer sans le consentement ni de l'un, ni de l'autre ; sans doute on ne peut assurer quelqu'un sans son consentement, mais n'y a-t-il pas eu consentement initial de l'assuré ? En tous cas, ainsi que l'indique Labbé (note sous Paris 20 janv. 1888. S. 1889. II. 97), l'endossataire fera bien de convenir que la mise en demeure lui sera communiquée et qu'aucune déchéance ne sera prononcée sans qu'il ait eu avertissement et délai, lui permettant de suppléer, s'il le juge bon, le paiement par le débiteur.

par le titre lui-même : dès lors que le contrat est synallagmatique il doit savoir quels risques il court. Dans l'hypothèse d'une vente à ordre, par exemple vente par filière, l'endossataire du vendeur pourra se voir opposer, lorsqu'il réclamera le paiement du prix à l'acheteur, la non-livraison de la chose. — La solution serait toute différente dans le cas où la prestation aurait été déclarée effectuée dans l'acte, où la chose aurait été déclarée livrée lors de la passation du contrat de vente et ne l'aurait pas été réellement. L'endossataire du vendeur, trompé par l'acte, ne doit pas supporter les conséquences de l'imprudence commise par l'acheteur, et celui-ci ne peut en pareil cas lui opposer l'inexécution par l'endosseur de son obligation (1).

Dans les contrats réels, c'est-à-dire dans les contrats unilatéraux où l'obligation du débiteur a pour cause une prestation faite par l'autre partie (prêt, dépôt, etc.), la condition résolutoire tacite n'a pas lieu de s'appliquer : la créance ne naît que lorsque le créancier accomplit la prestation. Toutefois il peut se faire que le débiteur s'engage et souscrive le billet avant que le créancier ait exécuté et que celui-ci en profite pour ne rien donner ; ici encore ce sera au débiteur, victime de son imprudence, à supporter la mauvaise foi du créancier et non à l'endossataire qui s'est fié au titre (2). Sauf le

(1) Contra DEBRAY. *La cl. à ordre*, pp. 249-252.

(2) Cass. civ. 3 févr. 1847. S. 1847. I. 211 : « ...L'inexécution des conventions arrêtées entre le souscripteur et le bénéficiaire ne peut être opposée au tiers porteur de bonne foi, qui n'est point tenu de rechercher, lors de la négociation qui lui est faite d'un billet à ordre si la cause licite qui s'y trouve énoncée est réelle ou... si les conventions que l'existence du billet peut révéler ont été exécutées. » — Cass. civ. 4 août 1852. S. 1852. I. 657. — Trib. civ. Seine 28 janv. 1888. *Gaz. du Palais* 1888. I. 321. — Rouen, 23 nov. 1901. D. 1903. II. 449.

cas où, par sa rédaction, le titre révélerait à l'endossataire que la prestation indiquée comme cause de l'obligation a bien pu ne pas être faite (1); nous retombons alors en effet dans l'hypothèse d'une obligation dont l'existence est soumise à une condition, suspensive ici il est vrai, au lieu d'être résolutoire, condition connue du porteur, donc opposable.

89. — Les questions relatives à la cause le plus fréquemment soulevées en pratique sont celles qui naissent de la simulation, presque habituelle dans les billets à ordre et les lettres de change, beaucoup plus rares dans les contrats civils à ordre, où la faculté laissée aux parties d'exposer à loisir le détail de leurs opérations ne les astreint pas à une concision imprécise et souvent inexacte, où le besoin de se faire du crédit n'a pas encore amené l'introduction de quelque chose d'analogue aux effets de complaisance commerciaux. Nous nous bornerons donc à donner les principes de solution.

La simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité du contrat: pour qu'il puisse être annulé, le vice recouvert par la simulation doit être de nature à entraîner sa nullité (2) Mais cette nullité, que les parties peuvent invoquer l'une contre l'autre, la convention secrète, la réalité des faits étant seules efficaces à leur

(1) Paris, 20 juill. 1848 et Civ. rej. 14 août 1850. S. 1850. I. 667.

(2) AUBRY et RAU. T. I (5^e éd.), § 35; — t. IV (5^e éd.), § 345, p. 557 et notes 18 et 19. — CAPITANT. *Introduction à l'étude du droit civil*, pp 248-250 et les notes. — DEMOLOMBE. *Contrats et oblig.*, t. I, n^{os} 370-372. — LAROMBIÈRE. T. I, sur C. 1132, n^o 8. — PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, n^o 1191 et et sqq. — Cass. req., 9 nov. 1891. S. 1894. I. 78. — Paris 23 mars 1892. D. 1892. II. 240. — Alger 23 déc. 1895. D. 1897. II. 453. — Lyon 30 mars 1897. S. 1900. II. 153.

égard, elles ne pourront s'en prévaloir contre les tiers (art. 1321, C. civ.). Ces règles trouvent leur application en matière de créances civiles à ordre (1). Lorsque la simulation cache une cause licite, l'obligation à ordre reste pleinement valable, et *inter partes*, et entre le souscripteur et l'endossataire; c'est ce qui se passe notamment dans le cas où, voulant faire une libéralité, on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux à ordre : la volonté de donner est une cause parfaitement licite, la dissimuler n'annulera pas le contrat (2), qui produira tous ses effets. L'insertion de la clause à ordre dans une obligation entachée de simulation reste sans influence sur la validité de l'acte, laquelle s'appréciera suivant les principes généraux.

Dans le cas où la simulation servirait à cacher une cause immorale ou illicite, le débiteur reste libre d'opposer au premier créancier le vice de la cause; il con-

(1) ALAUZET. T. IV, n° 1239. — BOISTEL. N° 731. — BRAVARD-VEYRIÈRES, et DEMANGEAT. T. III, p. 123, note *in fine*. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 1059; — *Traité*, t. IV n° 481. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 292.

(2) Cass. req. 16 déc. 1879. D. 1880. I. 197. — Paris 9 mai 1901. *Le Droit*, 11 sept. 1901. — La validité des donations déguisées est universellement admise. Cfr. PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, n° 2552 et sqq. — Il est à remarquer qu'il n'est pas besoin de simuler un contrat à titre onéreux pour insérer la clause à ordre dans une libéralité; la mention de valeur fournie dans le titre à ordre n'est indispensable que dans les actes où elle est expressément exigée par la loi (v. pl. h. p. 113). Le titre à ordre constatant une libéralité et n'indiquant pas de valeur fournie ou se contentant de mentionner la volonté de donner comme seule cause de l'obligation est valable sans contestation. Mais il faut évidemment alors que le titre soit notarié, suivant les règles ordinaires des donations; il n'y a d'ailleurs nulle incompatibilité entre la clause à ordre et la forme authentique, qui est possible pour la lettre de change elle-même. BEUDANT, note dans D. 1878. I. 241. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 57. — PARDessus. *Cours de dr. com.*, t. II, n° 330.

serve cette faculté vis-à-vis de l'endossataire de mauvaise foi, car la clause à ordre ne saurait avoir pour but de faciliter la fraude, et ce serait trop de commodité offerte au créancier peu scrupuleux que de l'autoriser à faire toucher par un compère le produit de son habileté. L'endossataire de bonne foi par contre ne peut se voir opposer d'exception tirée de ce chef, car il est à l'abri de pareil vice du contrat provenant de la cause de l'obligation et la cause licite indiquée dans l'acte est la seule dont il ait à s'inquiéter ; il a donc droit au paiement, la cause réelle fût-elle une dette de jeu ou tout autre cause immorale ou illicite (1).

SECTION II

LA CLAUSE A ORDRE EST INSÉRÉE DANS UNE OBLIGATION CIVILE PRÉEXISTANTE

90. — Le contrat a été passé ; puis les parties, qui n'y avaient pas inséré la clause à ordre, reviennent sur leur décision, et modifient, en l'y introduisant, l'obligation primitive. Les conditions de fond et de forme que nous venons d'étudier s'appliqueront évidemment ici encore et la question ne saurait soulever grandes difficultés.

(1) Montpellier, 17 janvier 1868 sous Cass. civ., 27 avril 1870. D. 1870, I, 258. — Bordeaux, 5 juillet 1888. *Gaz. du Palais*, 1889, I, 11. — Mais, en pareil cas, le débiteur obligé de payer n'aurait-il pas un recours contre le créancier originaire, pour enrichissement de celui-ci à son détriment sans fondement légitime ? Le Reichsgericht l'a décidé en se basant sur le § 812 du Code civil allemand. (Cfr. *Annal. dr. com.*, 1904, p. 98.)

Lorsque c'est dans le titre primitif que l'on ajoute la clause à ordre, les conditions d'existence observées, on a un contrat à ordre qui ne se distingue en rien de celui qui a cette qualité dès son origine. Soulignons cependant la nécessité du concours des deux parties, débiteur et créancier, pour cette transformation en créance à ordre d'une créance civile ordinaire (1); insérée par le créancier seul, la clause resterait non avenue à l'égard du débiteur, et l'endossement qui s'en suivrait, inopposable au débiteur et aux tiers, n'aurait d'effet qu'entre les parties, endosseur et endossataire, puisque c'est entre elles seulement que le consentement suffit pour opérer le transport des droits (2).

Quelques arrêts, déjà anciens, soutiennent pourtant le contraire (3) : le créancier aurait le droit d'insérer

(1) ALAUZET, t. IV, n° 1343. — D. *Rép.*, V° Effets de commerce, n° 930 et 931. — BRUNNER. *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch des H. R.*, t. II, § 198, p. 189, note 25, observe que les parties ne doivent pas avoir en vue en pareil cas un seul et unique transfert.

(2) Trib. civ. Seine, 27 juin 1892. *Le Droit*, 3 août 1892. — La jurisprudence fait cependant une exception pour les actions nominatives des sociétés, et pour les obligations des sociétés, départements, communes et établissements publics ; alors même que statuts, contrat d'émission et titre restants muets sur ce point, le créancier a la possibilité de transférer par endossement ces droits, considérés comme pouvant circuler par tous les moyens autorisés en matière civile et commerciale. Cass. req. 4 déc. 1867. S. 1868, I, 39. — Cass. 15 déc. 1869. S. 1870, I, 177. — Cass. civ. 15 mars 1870. S. 1870, I, 271. — En ce sens, PAUL PONT. *Soc. civ. et com.*, t. II, n° 911. — Pareilles décisions doivent être strictement limitées aux actes pour lesquels elles sont intervenues ; rien de semblable ne saurait être admis pour les créances civiles à ordre. Il semble d'ailleurs que pareil endossement doit être porté à la connaissance de l'établissement débiteur pour être obligatoire envers lui.

(3) Cass. req. 17 août 1853. D. 1854, I, 41, confirmant Montpellier 2 mars 1853 : l'endossement des billets à ordre, émis par le créancier en représentation de l'obligation souscrite par le débiteur, opère transfert de la créance à l'égard de ce dernier.

valablement la clause à ordre de son seul chef dans l'obligation, et une simple notification au débiteur de cette transformation de la créance suffirait à lui faire produire tous ses effets. Mais d'où viendrait au créancier ce pouvoir de changer quelque chose à son titre de créance, d'apporter une modification pareille à la situation de son débiteur ? Ce dernier se trouvera peut-être dans l'impossibilité d'opposer à l'endossataire telles ou telles exceptions qui le libéreraient vis-à-vis du créancier primitif ou de ses cessionnaires réguliers, et cela en vertu d'une clause à laquelle il n'aura pas consenti. Conséquence qui suffirait à rendre insoutenable cette théorie, d'ailleurs abandonnée (1).

91. — Si au contraire le contrat primitif est constaté dans un titre nouveau où l'on insère la clause à ordre, on retombe purement et simplement dans l'hypothèse prévue et étudiée dans notre section première, dans le cas où l'obligation est créée à ordre.

Mais cela aura-t-il pour conséquence la novation ? Il faut s'en référer aux conditions d'existence de cette dernière, rechercher par conséquent s'il y a quelque différence entre les deux obligations successives, et surtout volonté d'éteindre la première, volonté qui, aux termes de l'article 1273 du Code civil, ne se présume point.

La question se pose d'ordinaire pratiquement dans le cas où les parties, au lieu de reproduire la créance primitive et d'y insérer la clause à ordre se contentent de simples billets négociables souscrits par le débi-

(1) Cfr. sur ce point VIDARI, *Corso di diritto comm.*, t. 11, n°2011, pp. 697-698.

teur : la novation résulte-t-elle de l'acceptation par le créancier de ces billets ? L'ensemble de la doctrine admet que non, faute d'intention certaine des parties : le créancier, qui a voulu donner à son droit une circulation plus facile afin de l'améliorer, n'a certainement pas voulu anéantir les sûretés qui le garantissaient (1).

Le même problème se retrouve, très important, à propos des ventes par filières : le fait d'émettre la filière, opère-t-il novation de la vente primitive, en sorte que le vendeur, qui a émis ce titre ne puisse plus agir contre le premier acheteur, avec lequel il a traité ? L'intérêt sera de premier ordre dans le cas où le prix

(1) AUBRY et RAU, t. IV (5^e édit.), § 324, p. 357, notes 33 *ter* et 34. — LAURENT, t. XVIII, n^o 283. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n^o 1045 *Traité*, t. IV, n^o 505 *bis*. — PLANIOL. *Dr. civ.* t. II, n^o 545. — DEBRAY. *La clause à ordre*, p. 195. — Lyon, 9 mars 1858 confirmant un jugement du tribunal civil de Montbrison très explicite sur ce point. S. 1858, II, 523, et nombreux jugements en ce sens dans D. *Rép.*, V^o Obligations, n^o 2415. — Alger, 13 mai 1895. D. 1897, II, 301. — Cass. civ. 28 avril 1900. S. 1900, I, 277. — Cfr. ARTHUYS, jurispr. com., dans *Rev. crit.*, 1902, pp. 221 et sqq. — PERCEROU, note sous Paris, 4 janv. 1899. D. 1900, II, 121. — THALLER, note sous Cass. rej., 28 avril 1900. D. 1901, I, 17. — THALLER. De la manière pratique et commerciale de comprendre les recours de change, dissertations incidentes sur la novation et la cession de créance, dans *Annales dr. com.*, 1892, pp. 3 et sqq., admet la novation mais, observant que la novation est une convention synallagmatique, donc soumise à l'article 1184 du Code civil, il en conclut que, dans le cas où le titre à ordre n'est pas payé il y a inexécution de la condition de la novation, donc résolution si le créancier l'exige, de sorte qu'il peut recouvrer par là les garanties de l'ancienne créance. Explication plus ingénieuse que conforme à la nature de la novation telle que la loi l'établit ; dès la création de l'obligation nouvelle, la créance primitive disparaît sans que l'on ait à tenir compte du paiement ou non paiement de l'obligation nouvelle. — VON GRÖNING. *Die Inhaberpapiere*, dans *Archiv. für die civilistische Praxis*, t. XLV, 1862, pp. 77 et sqq., soutient, conformément à la théorie de l'incorporation, que la remise par le débiteur au créancier, d'un titre à ordre constatant une dette préexistante, opère, non une novation, mais une *datio in solutum* de l'obligation primitive.

de la revente est inférieur au prix de la première vente, et où le livreur n'a pas reçu le prix stipulé par lui. Ici encore, la solution est la même : la novation ne se présume point, n'existe pas en principe, mais pourra résulter des circonstances de fait ; il devra donc en être fait la preuve contre le vendeur originaire (1).

Si le titre à ordre qui remplace l'ancien dépourvu de cette clause est, non plus un simple billet, mais un contrat succédant au contrat primitif, il n'y a plus qu'à s'en référer au titre pour voir s'il y a ou non novation, si l'obligation ancienne reçoit une nouvelle forme ou s'il naît réellement un nouveau droit. C'est donc question de fait.

Le seul point intéressant pour nous est de savoir, dans l'hypothèse où rien n'est modifié du contrat primitif, où il subsiste identique dans le titre nouveau, avec la seule insertion de la clause à ordre, si cette insertion constitue à elle seule le *quid novi* indispensable à l'existence de la novation. — La réponse à pareille question est évidemment dictée par la théorie adoptée sur la nature de la clause à ordre. Il est certain que si cette clause a pour effet de détacher de sa cause l'obligation, de faire reposer celle-ci, non plus sur une convention mais sur un engagement unilatéral du débiteur, l'essence même de l'obligation est touchée, et il serait peu conséquent de repousser l'idée de novation. — Mais voir dans cette insertion, soit une pure simplification des formalités du transfert de créance, soit même un changement complet du mode de circu-

(1) En ce sens, arrêt très important de Cass. civ., 25 juill. 1887. S. 1890, I, 161 et note de LYON-CAËN.

lation du titre, n'affecte point l'obligation même, dont les éléments essentiels restent intacts. Ne s'impose-t-il pas alors de conclure que la novation n'est point réalisée *ipso facto*, par l'introduction de la clause à ordre dans l'ancienne créance? Les parties sont les mêmes, ni l'objet ni la cause n'ont changé : où serait l'élément nouveau nécessaire à la novation (1) ?

92. — Enfin, les parties peuvent au contraire effacer la clause à ordre d'un contrat où elles l'auraient primitivement insérée. L'accord de leurs volontés fera disparaître ce qu'il avait créé et, du jour de la radiation, le contrat, redevenu obligation civile ordinaire, ne pourra plus se transmettre que suivant les formes et avec les effets des articles 1689 et sqq. du Code civil.

(1) Cfr. Marcel COUROUX. De l'influence d'un règlement en effet de commerce sur la créance préexistante. *Thèse*, Paris, 1902, pp. 15 et sqq. — J. AUBIN. De l'influence de la création et de la transmission de billets à ordre ou de lettres de change sur les rapports juridiques antérieurs existant entre les parties, dans *Ann. dr. com.*, 1899, pp. 294-319.

LIVRE II

INFLUENCE DE LA CLAUSE A ORDRE SUR LA TRANSMISSION DES CRÉANCES CIVILES

93. — Après avoir recherché la nature de la clause à ordre, nous avons conclu à la validité de toute obligation qui la renferme et examiné ses conditions d'existence. La créance civile à ordre est créée : il nous faut la suivre à présent dans l'évolution de sa vie juridique, et en étudier les phénomènes caractéristiques, — qui se réduisent en un seul : l'endossement. Quelle est la nature de l'endossement ? Quelles sont ses conditions d'existence ? Quels sont ses effets entre les parties et à l'égard des tiers ? Que se passe-t-il dans le cas particulier où la créance civile est garantie par une hypothèque ? Ce sera matière d'autant de chapitres distincts, — en réservant un dernier aux endossements pignoratif et de procuration.

Le dualisme que nous avons indiqué au début du chapitre III du livre I^{er}, se retrouve ici encore. Il s'agit, d'une part, de déterminer quelles dérogations aux règles générales du transfert des obligations civiles, vont

résulter de ce que cette transmisssion est effectuée au moyen d'un endossement, — et de l'autre de préciser quelles sont les règles de l'endossement, lorsque le titre à ordre est une créance civile. Toutes les dispositions relatives à l'endossement des effets de commerce s'appliquent-elles à celui des obligations civiles à ordre? S'il en est de particulières au premier, quelles sont-elles et pourquoi ne doivent-elles point être généralisées? Pour établir la réglementation exacte de l'endossement des créances civiles il nous faudra donc étudier celle de l'endossement des effets de commerce; c'est l'élément connu du problème qu'il s'agit de résoudre.

Mais une question préalable se pose, à laquelle il nous faut répondre tout d'abord: les procédés ordinaires de transmission peuvent-ils s'appliquer aux créances civiles à ordre?

94. — L'affirmative n'est pas douteuse pour les différents modes de transmission pour cause de mort, lesquels, absolument généraux, s'appliquent indistinctement à tous biens composant le patrimoine. L'héritier *ab intestat* ou testamentaire, le légataire universel, à titre universel ou à titre particulier, recueillent les créances à ordre de leur auteur au même chef et de la même manière que tous les autres droits; on ne saurait faire de distinctions où la loi n'en fait pas (art. 1122, C. civ.) Mais héritiers et légataires ne sont ici que des ayants cause du *de cujus*; au lieu que l'endossataire a un droit direct contre le débiteur, eux ne possèdent qu'un droit dérivé, le droit de leur auteur et toutes les exceptions opposables à celui-ci le sont également con-

tre eux, car *nemo plus juris ad alios transferre potest quam ipse habet* (1).

95. — Reste la transmission entre vifs, la cession suivant les règles de l'article 1690 du Code civil, puisque nous sommes en matière de créances (2). Est-elle applicable aux créances civiles à ordre ?

Dire que non, serait supprimer bien des difficultés pratiques nées de la possibilité de deux modes différents de circulation, ce serait éviter la fraude d'un créancier peu scrupuleux transmettant la même créance par cession à une personne, par endossement à une autre. Ce ne serait peut-être pas, malgré quelques auteurs (3), le plus logique ni le plus juridique. — Quelle que soit la théorie que l'on soutienne, quant à la nature de l'obligation à ordre, on accorde forcément au titulaire un droit de créance contre le souscripteur du titre, droit dont il est libre de disposer à son gré. La clause à ordre met à sa disposition pour cela l'endossement, grâce auquel il éteindra son droit pour en faire naître un nouveau sur la tête du bénéficiaire. Pourquoi ne pourrait-il pas se contenter de transmettre purement et simplement sa créance propre, telle qu'elle est, à un cessionnaire ? Il faudrait un texte formel pour

(1) BOISTEL, n° 747. — LYON-CAEN et RENAUT, *Précis*, t. I, n° 1078, note 1 ; — *Traité*, t. IV, n° 130 bis. — Cass. req., 30 mai 1883. S. 1884. I. 154.

(2) Indiquons pour mémoire la possibilité d'un transfert entre vifs de la créance par d'autres voies que la cession conforme à C. 1690. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas de mariage sous le régime de communauté légale ou à titre universel ; les créances civiles à ordre tombent dans la communauté avec les autres meubles ; le droit d'endosser celles dont la femme pouvait être titulaire passe donc au mari. Cfr. JACOBI. *Die Wertpapiere*, § 40, p. 253.

(3) DEBRAY. *La cl. à ordre*, pp. 286-287. — DELASALLE. *La cl. à ordre et ses effets*, thèse, Paris, 1885, n° 152, p. 246.

lui enlever cette faculté, et il n'en existe pas. Aussi doctrine et jurisprudence valident sans hésitation la cession de la créance à ordre opérée suivant les formes de l'article 1690 du Code civil (1).

Ce sont évidemment alors les règles du transfert de créances qui s'appliquent et non celles de l'endossement. Par suite, la cession ne sera opposable aux tiers qu'une fois signifiée au débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique, — et le cessionnaire est obligé à la seule garantie de l'existence de la dette (2).

MM. Lyon-Caen et Renault (3) reviennent pourtant aux règles de l'ordre en matière d'exceptions, disant celles-ci inopposables aux cessionnaires ; la situation

(1) ALAUZET. T. IV, n° 1345. — BÉDARRIDE. *Lettre de ch.*, t. I, n° 288. — BOISTEL, n°s 747, 754. — HUG. *Cession*, t. I, n° 315, p. 449. — JOCRÉ. *Esprit du C. de com.*, t. II, p. 130. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 1103; — *Traité*, t. IV, n°s 154-155. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n°s 799-800. — Cass. req., 15 déc. 1868. S. 1869: I. 205. — Paris, 5 mars 1873. S. 1873. II. 109. Cet arrêt valide la transmission dans un concordat par abandon d'actif d'une police d'assurance sur la vie contenant la clause à ordre. — Cass. req., 1^{er} fév. 1876. S. 1876. I. 149.

(2) ALAUZET. T. IV, n° 1346. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 154 et note 3. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 800. Mais le cessionnaire, qui acquiert toutes les sûretés accessoires de la créance (hypothèque, gage, caution, etc.), acquiert de même de son cédant les recours en garantie de solvabilité qu'il avait contre les endosseurs antérieurs et qui étaient également des accessoires de la créance.

(3) LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 1103; — *Traité*, t. IV, n° 155, texte et note 1. — En ce sens, ALAUZET, t. IV, n° 1346. — PICHON. *De l'inoppos. des excep. au port. d'un titre à ordre*, pp. 242 et sqq. — DEBRAY. *La ch. à ordre*, pp. 287-288. — DEBRAY propose une distinction particulière: inopposabilité de tous les moyens de défense nés des relations juridiques entre débiteur et premier bénéficiaire, — opposabilité de tous ceux ultérieurs à la cession à toute personne, qu'elle soit cessionnaire ou endossataire. Ce qui paraît contraire à la fois et à la nature de la cession, et à celle de l'endossement. — D'après JACOBI, *Die Wertpapiere*, § 40, p. 253, l'opinion dominante en Allemagne à ce propos, est que les règles de la transmission des *Rektapapiere* s'appliquent à cette cession des titres à ordre.

créée au débiteur par la clause à ordre tient à la nature de cette clause et n'est pas modifiée par un acte auquel il n'a pas concouru. — Opinion isolée, qui ne tient pas compte de la nature de la cession. Simple ayant cause, le cessionnaire doit subir toutes les exceptions opposables à son cédant ; les règles de l'ordre n'ont rien à voir dans la cession qui ne saurait produire les effets d'un endossement. Le débiteur pourra donc opposer au cessionnaire les moyens de défense qu'il avait contre l'endosseur cédant, mais il ne le pourra pas contre le nouveau bénéficiaire devenu son créancier direct, si le cessionnaire endosse le titre, endossement parfaitement régulier et valide : le cessionnaire, qui a recueilli tous les droits de son auteur, a celui d'endosser (1).

Mais la conséquence forcée va être une rupture dans la chaîne des endossements : le cessionnaire-endosseur ne figure pas comme endossataire dans l'endossement antérieur, ce qui justifierait, lors de l'échéance, un refus de paiement de la part du débiteur. Pour lui permettre de payer, le dernier bénéficiaire devra justifier de l'opération juridique qui comble cette lacune, présenter l'acte de cession par exemple ou l'acte de donation. D'où nécessité de joindre ces actes justificatifs au titre de créance, qu'ils doivent suivre de mains en mains (2).

La circulation du titre à ordre par cession de l'art.

(1) BOISTEL, n° 747, 753-754. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 801. — Cass. req., 9 juill. 1867. D. 1868. I. 72. — Cass. req., 1^{er} fév. 1876. D. 1878. I. 229.

(2) VIVANTE. *Trattato di diritto comm.*, t. III, n° 1152.

1690 du Code civil reste en tous cas la rare exception et c'est à l'endossement seul que nous devons limiter désormais notre étude.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE L'ENDOSSEMENT

96. -- Le mot endossement indique naturellement une mention inscrite au dos d'un titre et telle fut en effet la première signification de ce terme, qui servait à désigner tout document secondaire mis au dos d'un document principal (1). On se servit de bonne heure de ce moyen pour réaliser la circulation du titre à ordre et déterminer la personne qui aurait droit au paiement (2). Mais, jusqu'au xiv^e siècle, la désignation du bénéficiaire se faisait également par un acte séparé (*procuratorium*, — *Willebrief* des Allemands), sorte de lettre d'avis (3). Le créancier pouvait en somme désigner valablement son successeur par tout procédé juridiquement valide et l'acte constatant l'opération établissait la situation juridique du tiers ainsi nommé : mandataire, cessionnaire, etc.

(1) DU CANGE. *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, V^{is} *Indorsare*, et *Redorsare*. — FERRIÈRE. *Dictionnaire du droit*, V^o *Endossement*. — MERLIN. *Répert.*, V^o *Endossement*, p. 593.

(2) Les Italiens se servirent du mot *girata*, parce que l'endossement cause la circulation (*giro*) du papier.

(3) Citons comme exemple ce *procuratorium* de 1247 : « Ego Aubertus Acua, civis Massilie, facio, constituo et ordino te Dodonum de Baldissono, presentem meum, certum et specialem procuratorem ad petendum, exigendum et recipiendum a Ricavo Pisano, civi Massilie, CCL bisan-

Dans tous les cas, une mutation unique épuisait l'ordre, qui avait produit tout son effet utile et possible dès lors que le preneur ultérieur à désigner l'était ; dans l'idée de clause à ordre n'est pas renfermée la pluralité des transferts (1). Règle trop limitative qui céda sous l'effort des besoins des affaires ; on recourut à l'endossement en blanc, qui supprime la pluralité des endossements, — à l'endossement à ordre, avec sa clause qui autorise un endossement postérieur, et la clause à ordre, fut dès lors entendue comme admettant une série d'endossements successifs (2). L'ordonnance du commerce de 1673, qui réglemente définitivement la clause à ordre, l'admet implicitement, sans se donner cette peine de formuler une règle incontestée, et, laissant de côté la désignation du créancier par acte distinct tombée depuis longtemps en désuétude, pose, dans son titre V, art, 23-26, les principes fondamentaux de l'endossement. Notre Code de commerce n'a guère fait que les reproduire.

97. — Mais avant de passer à leur étude, il nous faut rechercher la nature juridique de l'endossement. Malgré quelques répétitions inévitables de ce qui a déjà été dit

cios sarracenatos Acconis, quos mihi debet ex causâ permutacionis seu cambii dare apud Acconem ex tenore cujusdam instrumenti inde facti. » La lettre de change qui manque, contenait certainement la clause à ordre. Dans BLANCARD. Note sur la lettre de ch. à Marseille au XIII^e S., dans *Bibl. de l'école des Chartes*, t. XXXIX, p. 127, n^o 13.

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. XIV (éd. Laboulaye et Dareste, p. 224) : « Ne, par le style du Châtelet, ung porteur de lettres ne peut faire ung aultre porteur. » — BIENER. *Wechselrechtliche Abhandlungen*. I, § 13, p. 131. — BRUNNER. Les tit. au port. français du M.-A., dans *Nouv. Rev. hist.*, 1886, pp. 174 et 176.

(2) La Braunschweiger Wechselordnung de 1686, art. 20, autorise expressément la multiplicité des endossements. — D'après BRUNNER, dans *Endemann's Handbuch des HR.*, t. II, § 198, p. 188, cette multiplicité daterait en France du XVI^e siècle.

au sujet de la clause à ordre elle-même, pareil examen est nécessaire, soit pour exposer certaines théories non encore indiquées, soit pour montrer les conclusions auxquelles aboutissent ici les principaux systèmes développés au chapitre I^{er} du livre I^{er}.

L'endossement apparaît comme un acte accessoire, écrit soit sur le titre même, soit sur une allonge ou une copie, acte par lequel le créancier (endosseur) met à sa place un nouveau créancier (endossataire (1)), en vertu de l'ordre inscrit par le débiteur. C'est l'entrée en scène d'un nouveau créancier (2). Comment se réalise-t-elle ? Quel fondement donner aux rapports juridiques qui naissent de là entre endosseur et endossataire d'une part, entre endossataire et débiteur de l'autre ? Comment expliquer ses effets dont les deux principaux sont l'inopposabilité à l'endossataire des exceptions opposables à l'endosseur et la garantie de la solvabilité du débiteur.

Nous diviserons les systèmes proposés en deux classes : ceux qui ne donnent à l'endossataire qu'un droit dérivé, — et ceux qui lui accordent un droit direct.

§ I. — Théories donnant à l'endossataire un droit dérivé de celui de l'endosseur.

98. — Que l'endossataire soit un ayant-cause de l'endosseur, cela ne parut pas pouvoir faire doute à

(1) Nous nous servirons couramment, comme nous l'avons déjà fait, de cette expression commode, quoique peu usitée, qui permet d'éviter les circonlocutions gênantes (bénéficiaire de l'endossement, etc.) et les expressions impropres (porteur du titre, etc.). « Endossataire » a les mêmes raisons de grammaire et de nécessité d'exister que « cessionnaire ».

(2) GRÜNHUT. *Wechselrecht*, t. II, § 81, pp. 84 et 85.

l'origine : remplaçant le créancier primitif, l'endossataire devait être considéré comme son successeur à titre particulier. Aussi la théorie de la cession est-elle la plus ancienne, en France (1), comme en Allemagne (2).

Les auteurs modernes ne l'ont d'ailleurs pas abandonnée (3), mais la plupart y joignent une idée accessoire, destinée à rendre compte des effets que la cession ne saurait à elle seule expliquer. Ainsi pour Bravard-Veyrières et Demangeat, Lyon-Caen et Renault (4), l'endossement se décompose en deux contrats distincts : une vente de la lettre considérée comme marchandise et un contrat de cautionnement. Vente de marchandise est inexact et l'on devrait dire cession de créance. Par la cession, l'endossataire devient créancier du souscripteur, par le cautionnement, il le devient de l'endosseur.

(1) SAVARY. *Parfait négociant*, partie I, livre II, chap. VII, p. 211. — BORNIER. *Conférence des ordonnances de Louis XIV*, t. II, tit. V, art. 23, p. 601. — JOUSSE. *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce de 1673*, sur le Tit. V, art. 24, pp. 118-119. — MERLIN. *Répert.* V° Endossement, III.

(2) PÖHLIS. *Wechselrecht*, t. II, pp. 339 et sqq. — TREITSCHKE. *Wechsellexikon*, t. I., pp. 448 et sqq. — Nous avons indiqué, pp. 102-103, que la doctrine allemande actuelle, dans le cas où la clause à ordre est insérée dans un contrat où la loi ne la prévoit ni ne l'autorise, décide que l'on se trouve en présence, non d'un Orderpapier proprement dit, mais d'un Rektapapier et que par suite le nouveau créancier n'est que le successeur juridique de son auteur (Rechtsnachfolger seines Vormanns). — COSACK. *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 272, II.

(3) Voir plus haut, n° 43 et sqq. — BODIN. De la cession de créances, dans *Revue pratique*, t. V, pp. 152-153. — DELASALLE. *La cl. à ordre et ses effets*, nos 143 et 144. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, nos 394 et sqq. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1335.

(4) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, pp. 145-146. — LYON-CAEN et RENAUT. *Précis*, t. I, n° 1079 ; — *Traité*, t. IV, n° 111. — Les premiers de ces auteurs aperçoivent même dans l'endossement trois contrats : une espèce de vente, — une cession de droits incorporels, — un cautionnement. Pourquoi distinguer les deux premiers termes qui se confondent ?

Cette obligation du premier créancier et des endosseurs subséquents, considérés comme cautions d'une part, — leur renonciation aux exceptions de l'autre, voilà pour Einert (1), ce qui constitue au juste et très précisément l'endossement, idée reprise en France et développée par Huc (2). D'après lui, « le créateur d'une lettre de change est, en réalité, directement obligé envers tous ceux au profit desquels elle doit être endossée, et les endosseurs doivent être traités comme s'ils avaient été compris nominativement dans l'engagement lui-même ». Faire ainsi passer au premier plan le cautionnement, n'est-ce pas directement opposé à son caractère essentiel de contrat accessoire ?

99. — Jacobi, qui adopte l'idée d'engagement en faveur d'un cercle de personnes indéterminées, affirme pourtant que la créance de l'endossataire est la même que celle de son endosseur (3). Pour lui, la disparition anormale de la créance primitive n'est nullement expliquée par le prétendu droit direct que le nouveau porteur acquerrait contre le débiteur. Elle subsiste, mais sans être soumise aux exceptions des prédécesseurs, à cause des nécessités commerciales (*Verkehrsinteresse*), qui protègent la bonne foi de l'acquéreur du papier. Le créateur effectif, le facteur réel du droit (*der rechtsbildende Faktor*), est donc la croyance à l'existence de ce droit. « La foi, dit l'écriture, peut transporter les montagnes, voulant signifier par là un transport réel de montagnes d'un lieu à l'autre ; de même

(1) EINERT, dans *Archiv für das Wechselrecht*, t. IV, pp. 137, 201, 222.

(2) HUC. *Cession de créances*, t. II, n^{os} 588 et sqq., et spécialement p. 284.

(3) JACOBI. *Die Wertpapiere*, § 36, pp. 224-225

ici, le droit donne à la foi ce pouvoir de faire disparaître les vices de la créance... La créance est dans le même état que si on n'avait jamais pu lui opposer d'exception, et cela parce que la bonne foi de l'acquéreur l'a rétablie, elle, l'ancienne créance, sans lui laisser de défauts. C'est donc bien l'ancienne créance qui est devenue valable ». Il paraît difficile de concilier cette idée avec celle d'engagement direct. S'il y a obligation en faveur de tiers, il y a engagement direct ; s'il y a engagement direct, que reste faire l'ancienne créance ? Le débiteur ne doit pas deux fois, mais une seule.

100. — Il faut rejeter de même la théorie de M. Galuppi (1), qui considère l'endossement comme une subrogation conventionnelle. Dès lors que subroger n'est que mettre une personne à la place d'une autre (2), rien n'est expliqué ; le subrogé n'est pas soustrait aux obligations du subrogeant, l'endossataire n'a que les droits de l'endosseur.

101. — En résumé, les théories exposées ne résolvent pas le problème et les différentes analyses qu'elles donnent des rapports juridiques à étudier, n'expliquent pas les règles particulières de ces rapports. Voir dans l'endossement un cautionnement pur et simple, c'est ne l'envisager que sous un seul aspect et le moins important, c'est surtout ne pas tenir compte de la nature essentiellement accessoire du cautionnement. Y voir une subrogation, ou, ce qui est plus simple et revient au même, une cession, c'est en réalité dire que l'endossement est une espèce de cession qui ne suit aucune des

(1) GALUPPI, *I titoli al portatore*. Roma. 1876, nos 88 et 89.

(2) PLANIOL. *Dr. civ.*, t. II, nos 473 et sqq.

règles et ne produit aucun des effets de la cession (1). Ce serait une cession pour laquelle l'écriture est indispensable, mais qui n'a besoin, pour être opposable *erga omnes*, ni d'acceptation, ni de signification, — une cession où, malgré le principe que *nemo plus juris ad alios transferre potest quam ipse habet*, le droit du cessionnaire serait supérieur à celui de son cédant, — une cession enfin où le cessionnaire a droit à la garantie de la solvabilité du cédé naturellement, sans stipulation particulière. Ce sont là plus que des différences accidentelles, de détail et sans importance ; deux institutions aussi antinomiques sont forcément distinctes et ne peuvent se ramener l'une à l'autre.

§ II. — Théories donnant à l'endossataire un droit direct.

102. — Grünhut a voulu concilier l'idée de cession et celle d'engagement direct (2) : « Le droit de l'endossataire ne découle point uniquement de l'endossement et de la volonté de l'endosseur ; il vient aussi de l'engagement primitif comme un droit indépendant, originaire, parce qu'ainsi l'a voulu le débiteur par la souscription d'un titre à ordre... Le droit de l'endossataire a un double fondement lorsque l'endosseur jouissait du droit (*berechtigt*) : il succède à celui de son auteur et il est originaire. Mais, dans le cas où l'endosseur n'a pas effectivement le droit, il n'y a plus qu'un fondement : il y a succession aux lieu et place de l'endosseur, non

(1) Cfr. HUC. *Cession de créances*, t. II, n° 589-590. — VOLKMAR et LEWY. *Das Wesen des Indossaments*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsrecht*, 1860, t. III, pp. 131-134.

(2) GRÜNHUT. *Wechselrecht*, t. 1, § 28, p. 285.

à son droit (Nachfolger an Stelle des Vormanns, nicht Rechtsnachfolger).» Comment le même droit peut-il avoir deux causes, être à la fois originaire et dérivé? Le phénomène est étrange.

Si l'endossataire ne succède pas à l'endosseur, s'il n'est pas son ayant-càuse, c'est qu'il y a un droit direct, né de l'endossement, et que celui-ci opère un véritable renouvellement de l'obligation primitive (1).

Mais comment l'opère-t-il? Quelle est cette obligation nouvelle et comment est-ce qu'elle naît? Les explications ne manquent pas.

103. — L'une des plus anciennes est celle de Pothier (2), qui assimile le contrat intervenu entre endosseur et endossataire à celui qui intervient entre le débiteur et le premier créancier; il fait naître mêmes obligations et mêmes droits que le contrat primitif, il a donc la même nature; s'il y a eu contrat de change entre les parties, il y aura également contrat de change entre l'endossataire et l'endosseur (3).

Thœl (4) a repris l'idée de Pothier : l'endossement

(1) Suivant l'expression de BLUNTSCHLI. *Deutsches Privatrecht*, 3^e éd., 1864, § 168, l'endossement constitue une « Erneuerung der Skripturobligation. » — La doctrine allemande actuelle est unanime à reconnaître que le Code civil allemand accorde au porteur un droit direct. — PLANCK. *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. II, sur le § 793, p. 549, n^o 3.

(2) POTHIER. *Du contrat de change*, n^o 79.

(3) POTHIER. *Du contrat de change*, n^o 80, ajoute que « l'endossement contient en outre une cession et transport de la lettre de change, que l'endosseur fait à celui à qui il passe son ordre, et de tous ses droits et actions. » Comment cela se concilie-t-il avec l'affirmation précédente que l'endossement est un nouveau et véritable contrat de change?

(4) THÆL. *Das Handelsrecht*, t. II, § 231-232 et 234. — VOLKMAR et LÆWY : *Das Wesen des Indossaments*, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. III, 1860, pp. 122-123, critiquent ce système, en se plaçant surtout au point de vue de la lettre de change et du droit positif allemand.

d'une lettre de change est une nouvelle traite qui vient se rattacher à la lettre préexistante et où l'endosseur joue le rôle de tireur, — l'endossataire, celui de bénéficiaire. Ce dernier a donc bien un droit direct et son action contre le débiteur n'est point celle du premier créancier.

Mais sera-t-elle pour cela soustraite aux exceptions qui pouvaient paralyser cette action primitive ? Nullement : dès lors que son droit a été conféré à l'endossataire par le seul endosseur, ce dernier n'a pu lui constituer plus de droits qu'il n'en avait lui-même et n'a pu, de sa propre autorité, le soustraire à des exceptions qu'il aurait dû subir (1).

104. — La difficulté n'existe pas pour les partisans de l'incorporation, qui font prévaloir le titre sur la créance et assimilent cette dernière à un accessoire qui est transmis avec le titre. Le titre à ordre passe-t-il à un nouveau preneur ? Il y a là contrat purement réel, simple tradition du papier et non cession ou transfert de la créance. Pas davantage de novation à proprement parler ; l'extinction de la créance primitive n'est pas la condition d'existence de la nouvelle, et si la première disparaît, ou plutôt est paralysée, c'est que son titulaire a perdu la possession, au lieu que la seconde naît précisément de l'acquisition par une nouvelle personne de cette possession (2). Le titre à ordre, chose corporelle,

(1) Konrad Cosack. *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 270, I, 1, p. 373, fait lui aussi de l'endossement un acte unilatéral, valable sans l'acceptation d'un tiers (ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft), comme l'est pour lui la souscription du titre même. Il n'est pas plus besoin de contrat entre endosseur et endossataire qu'entre débiteur et preneur.

(2) Cfr. l'exposé très clair de ce système dans Wilhelm von Gröning. *Die Inhaberpapiere*, dans *Arch. für die civil. Praxis*. 1862, t. XLV,

reste en toutes mains ce que l'a fait le débiteur, ce que le constate le papier.

Le rôle de l'endossement se réduit à celui d'une simple formalité nécessaire parce que requise par la loi. C'est la constatation de la destruction de sa possession par le créancier (*Zeichen der Besitzentäusserung*), condition nécessaire de l'entrée en possession d'un tiers. Le but, la fonction de l'endossement n'est ni de transmettre, ni de faire naître un droit; sa fonction toute négative se borne à effacer les traces de la possession antérieure et à prouver la bonne foi du nouveau possesseur (1).

105. — Mêmes commodités pour ceux qui font du titre à ordre une promesse à un être abstrait (2). L'endossement sert alors à l'individualisation de cette promesse faite à l'ensemble des créanciers futurs (*Gläubigerschaft in abstracto*) et le titulaire de l'endossement est le représentant du sujet abstrait du droit.

Malheureusement, pas plus dans les titres à ordre que dans les autres créances, il n'existe de pareille entité métaphysique et l'endossataire ne saurait être le représentant d'une personne morale inexistante.

106. — Un système tout particulier et dû à Goldsch-

pp. 66 et sqq.; l'endossement est pour lui « ein rein sachenrechtlicher Vertrag. » — LEHMANN. *Zur theorie der Werthpapiere*, pp. 10 et 21.

(1) VOLKMAR et LÖWY. Das Wesen des Indossaments, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, 1860, t. III, pp. 124 et 129. Ils en concluent à la parfaite validité de l'endossement faux ou simulé, fût-il émané du voleur, de l'inventeur ou de l'auteur du faux, et cela très justement: dès lors que l'endossement ne transfère aucun droit, il n'importe que son auteur ait ou n'ait pas eu de droits. Il suffit que l'endosseur soit possesseur.

(2) Cfr. spécialement. JOLLY, Ueber das Indossament, dans *Archiv. für. Wechselrecht*, t. IV, pp. 381 et sqq., t. V, pp. 37 et sqq.

midt (1), n'accorde au premier preneur qu'un rôle effacé (*Successivoriginarbildung*) ; celui-ci n'apparaît, dans les rapports contractuels entre le débiteur et l'endossataire, que comme un intermédiaire indispensable, une sorte de messenger, comme le moyen d'arriver au contrat véritable et définitif. Un preneur quelconque ne tient donc plus son droit de son prédécesseur puisque, à chaque endossement, c'est une nouvelle créance qui naît et ne dépend en rien de la première.

Non pas qu'il y ait novation, ainsi que le prétend Kuntze (2), qui se trouve obligé, pour expliquer cette singularité d'une novation réalisée sans le concours effectif de tous les intéressés, de dire qu'il y a là une particularité de la *Skripturobligation* (3). Le droit direct de l'endossataire vient pour Goldschmidt de la nature même du titre à ordre et de sa théorie sur ce point (*Begebungsvertragstheorie*) : le contrat à ordre

(1) GOLDSCHMIDT. Miscellen zur Theorie der Werthpapiere, dans *Ztsch. für das ges. Handelsr.*, t. XXVIII, 1882, pp. 110 et sqq. Pour lui, autant de propriétaires différents du papier (Papier eigenthümer), autant de créances nouvelles indépendantes (*Ibid.*, p. 64.) — STOBBE. *Deutsches Privatrecht*, t. III, p. 109, paraît tout voisin de cette idée : sa « Dereliction » n'est pas une dérélition mais une « traditio ad incertam personam. » — Cfr. sur ce point, GOLDSCHMIDT : *eod loco*, p. 111, note 83.

(2) KUNTZE. Prinzip und system der Handelspapiere, dans *Ztsch. für das ges. HandelsR.*, t. VI, 1862, pp. 1 et sqq., IV : Circulation ; — Die Lehre von den Inhaberpapieren, § 69, 2^e, pp. 295 et sqq. Il n'y a peut-être pas novation à proprement parler pour Kuntze, mais, à la cession du papier, s'attache un effet novatoire.

(3) Cette idée de novation, à laquelle vient contredire le maintien au titulaire nouveau des sûretés qui garantissent la créance primitive, n'explique d'ailleurs pas l'opposabilité des exceptions, ce qui est pourtant sa raison d'être. En effet, pour que la novation soit possible, il faut l'existence d'une obligation première à nover ; le sort de l'opération en dépend, et l'obligation nouvelle n'existe que si celle qu'elle remplace n'est pas inexistante ou nulle. En d'autres termes, les exceptions nées des vices de sa cause et opposables à l'action primitive, le sont à la nouvelle. Rien n'est donc expliqué.

est un contrat conclu non pas avec un tiers inconnu mais avec une personne dénommée en faveur de cette personne et d'un cercle de bénéficiaires encore inconnus. L'obligation du débiteur envers tout endossataire résulte donc de ce contrat conclu avec le premier créancier et il n'y a pas à renouveler un engagement qui préexiste et s'offre à tout preneur (1).

107. — Restent les théories fondées sur l'idée de délégation.

Gide paraît être le premier à avoir proposé cette explication de l'endossement en France (2), mais il ne semble pas que pour lui la délégation ait ce résultat de donner un droit direct à l'endossataire. Il faudrait distinguer deux sortes de transfert : le transfert proprement dit, qui mesure le droit de l'ayant cause sur celui de son auteur, et le transfert *lato sensu*, qui purge à chaque mutation nouvelle les vices de la chose. La cession est un transfert pur et simple, — l'endossement un transfert *lato sensu* ; la première est une délégation transfert, — le second une délégation pure et simple, car Gide voit une délégation dans tout changement des personnes intéressées dans une obligation. La délégation n'est demeurée intacte que dans le transport de dettes, où il faut le concours de la troisième personne, du créancier, mais elle fut nécessaire de même à l'origine pour le transfert de créances. Sous l'une quelconque de ses formes, elle reste le *substratum* juridique commun de ces opérations.

(1) FELLNER. *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere* (1888), § IV : Der Erwerb der Forderung.

(2) GIDE. *Novation*, pp. 433-434 et 437. Réfutation assez dédaigneuse dans HUC : *Cession*, t. II, n° 594.

C'était déjà le système d'Unger (1), qui définit l'endossement « la manifestation de la volonté de déléguer qu'à le délégant et la conclusion par le délégué au nom du délégué du contrat novatoire qui parfera la délégation (*der Abschluss des die Delegation perfectirenden novirenden Vertrages*). » Autrement dit, en dehors de la promesse abstraite de payer (*abstraktes Leistungsversprechen*), le débiteur promet en outre de conclure le contrat novatoire avec toute personne que lui désignera le preneur. Pour éviter la participation personnelle du souscripteur, nécessaire, conformément aux principes de la délégation — novation, à chaque transmission du titre, l'endosseur est considéré comme son représentant, de sorte qu'il agit, en transmettant le titre, tant en son nom qu'en celui du débiteur.

M. Thaller, dans la troisième édition de son *Traité élémentaire de droit commercial*, accorde une large place à la délégation. Il en fait le fondement juridique de la négociation des actions et obligations ou rentes sur l'Etat, de la transmission active et passive de l'établissement commercial, de l'émission originaire des lettres de change et des chèques, et surtout de l'endossement des effets de commerce (2). — L'endossement est « une délégation écrite sur un instrument à ordre, adressée à tous ceux dont la signature figure déjà au titre et qui dispense le nouveau porteur de la nécessité de la faire accepter... Le preneur du billet, en le faisant passer à un second porteur, donne pour instructions au

(1) UNGER. *Die Natur der Inhaberpapiere*, pp. 109 et sqq.

(2) THALLER. *Droit comm.*, 3^e éd., 1905, n^{os} 600, 1291, 1297, 1300, et surtout 1463-1464.

souscripteur d'accueillir ce porteur comme étant substitué à ses droits (n° 1297). » Et (n° 1464) il fait observer que l'acceptation de la délégation par le débiteur, indispensable à l'opération, résulte de la clause à ordre ; elle est impliquée dans l'endossement : « La situation est absolument la même que si, au moment où l'endosseur inscrit sur le titre le nom de l'acquéreur, tous ceux qui ont déjà mis précédemment leur signature sur l'effet étaient présents à l'opération, y accédaient expressément et reconnaissaient pour leur créancier le nouveau porteur (1). »

Reproduction du système d'Unger, cette théorie encourt les mêmes critiques. Elle a surtout le défaut de sa qualité : fort ingénieuse, elle l'est vraiment à l'excès et prend comme un malin plaisir à compliquer ce qu'elle explique. Commerçants et banquiers, qui font à chaque instant des endossements, seraient bien surpris à l'exposé du rôle qu'ils y jouent et leur bon sens, grossier appréciateur des subtilités juridiques, leur ferait peut-être refuser ces fonctions de mandataire malgré soi qu'on leur veut faire remplir. Pour habile que soit la construction proposée, nous n'oserions accepter cette

(1) THALLER ajoute (n° 1464), que le rapport direct pourrait s'expliquer encore par la stipulation pour autrui, « le preneur a stipulé le montant de la dette à la fois pour lui-même et pour les futurs preneurs. » — Les deux idées s'excluent cependant. « Pour que la délégation se confondit avec la stipulation pour autrui, il serait indispensable de modifier d'abord radicalement les effets ordinaires de celle-ci », conclut, d'une comparaison approfondie de ces deux institutions, HUBERT. *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français, thèse*. Poitiers, 1899, n° 138, p. 101.

Il faut remarquer d'ailleurs que l'explication par la délégation n'est pas elle-même la première proposée par M. THALLER, qui, dans la 2^e édition de son *Traité*, nos 1335-1336, déclarait l'endossement une cession, dispensée de la signification par suite de l'acceptation anticipée incluse dans la clause à ordre.

hardiesse de son point de départ : un mandat donné par le mandant sans qu'il s'en doute à un mandataire qui l'ignore et le remplira à son insu.

108. — La théorie de l'offre que nous a conduit à admettre comme seule possible en France l'idée d'engagement direct, admise sans conteste par la jurisprudence et universellement soutenue par la doctrine, aboutit à une conception de l'endossement bien plus simple et satisfaisante. L'offre de contracter faite par le débiteur, en même temps qu'il s'engageait envers le premier créancier, ne peut être acceptée qu'avec l'assentiment de celui-ci et par la personne qu'il désignera : de la part de l'endosseur, l'endossement n'est autre chose que cette désignation, et de la part de l'endossataire, il constitue l'acceptation de l'offre du débiteur.

C'est ainsi que, dans une cession d'office ministériel, l'acquéreur doit être présenté par le titulaire, sans qu'il résulte de là que le premier soit l'ayant cause du second ; et de même que l'office n'est acquis que par la nomination faite par le Gouvernement, de même l'endossataire devient créancier de par l'offre seule du souscripteur. Ce qui n'empêche pas d'ailleurs des obligations accessoires de naître entre acquéreur et vendeur d'un office, entre endossataire et endosseur d'un titre à ordre : le titulaire, que l'on paie pour être présenté, doit à qui il présente la garantie de sa qualité d'officier ministériel, l'endosseur qui reçoit une somme d'argent de l'endossataire qu'il désigne, lui doit cette garantie que le débiteur est solvable et que l'effet sera payé à l'échéance.

Nous ne poursuivrons pas plus loin cette comparaison

entre deux opérations malgré tout dissemblables ; mais ce qui passe dans l'hypothèse d'une cession d'office aide assez bien à comprendre l'opération réalisée par l'endossement. Nous concluerons donc avec Dernburg (2) que « l'endossement remplace le précédent créancier par un nouveau, effectuant une succession *in locum*, non une transmission du droit (1) ».

(1) DERNBURG. *Das bürgerliche Recht*, t. II, 2^e Abtheilung, § 266, p. 290.

(2) JACOBI. *Die Wertpapiere*, § 36, p. 215, critique vivement cette idée que l'endossement n'est que l'acceptation d'une offre du débiteur, surtout en s'appuyant sur la non validité de l'offre *ad incertam personam* dans tous les cas où l'acceptation ne fait pas acquérir une chose corporelle à l'*incerta persona*. Sur quel texte formel, sur quelle nécessité logique s'appuie cette distinction de deux sortes d'offres ? Faites dans les mêmes conditions, l'offre d'un cheval et celle d'un fait à accomplir seraient donc l'une valable et l'autre non. Quelle raison de distinguer où la loi ne le fait pas ? « D'autre part, ajoute JACOBI, la force obligatoire de l'offre doit être limitée dans sa durée, sans quoi elle devient une promesse unilatérale », et il continue : « Or, cette théorie reconnaît force d'obliger à l'offre aussi longtemps que subsiste le papier. » Mais n'est-ce point là justement une limitation bien précise de la durée de l'offre, et telle que l'on ne voit guère ce que l'auteur désire de mieux ?

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE DE L'ENDOSSEMENT DES CRÉANCES CIVILES

109. — L'étude que nous avons faite des conditions d'existence de la créance civile à ordre elle-même servira de guide à celle des conditions d'existence de son endossement, qui est en réalité un nouveau contrat à ordre, et nous étudierons ici encore ces conditions en deux sections distinctes, suivant qu'elles touchent à la forme ou au fond du contrat.

SECTION I

CONDITIONS DE FORME

110. — L'écriture, indispensable pour l'obligation à ordre, l'est aussi pour l'endossement, qui ne peut pas plus être verbal que la créance (1). C'est là une condition imposée par la nature de l'acte, imposée également par la loi, lorsqu'elle indique les énonciations que doit contenir l'endossement.

Celui-ci doit être inscrit sur le titre même de

(1) LYON-CAEN et RENAUT. *Traité*, t. IV, n° 117.

créance (1), au bas, au dos ou sur une feuille adhérente, ajoutée dans le cas où la multiplicité des endossements l'aurait rendu nécessaire (allonge) (2).

Il est évident, lorsqu'il s'agit d'une créance synallagmatique à ordre, qu'il suffit pour le titulaire qui veut transmettre le bénéfice du contrat d'endosser le double qu'il a entre ses mains, sans avoir à mentionner l'opération sur le double possédé par l'autre partie ; pareille exigence, impossible à satisfaire le plus souvent, inutile d'ailleurs, serait même contraire à l'intention des contractants, le débiteur ayant renoncé, par son acceptation de la clause à ordre, à être tenu au courant de la circulation du titre (3).

111. — Quant aux mentions requises et autres formalités à observer, elles tirent toutes leur origine de l'article 137 du Code com., qui les impose à tout endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Ce sont la date, la valeur fournie et le nom de celui à l'ordre de qui il est passé. La loi du 14 juin 1865, article 1, ne

(1) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, p. 146. — DALLOZ. *Rép.*, V° Effets de commerce, n° 367. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 117. — PARDESSUS. *Cours de dr. com.*, t. II, n° 343. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1451. — Quelques auteurs, dont l'avis n'a pu prévaloir, ont soutenu que cela n'était point nécessaire et admis la validité de l'endossement par acte séparé : NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 666. — ALAUZET, t. IV, n° 134. — Pour BÉDARRIDE, *Lettre de ch.*, t. I, n° 288, l'endossement qui a eu lieu par acte séparé n'a d'effet *erga omnes* que notifié ou accepté comme un transport ordinaire. Dans le même sens, LOCRE, *Esprit du Code de com.*, t. II, p. 130.

(2) BOISTEL, n° 718. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, n° 1083 ; *Traité*, t. IV, n° 117. — L'endossement porte d'ailleurs ce nom « *quia dorso inscribi solet* », dit HEINECCIUS, chap. II, n° 27, cité par BÉDARRIDE, *Lettre de ch.*, t. I, n° 288.

(3) La jurisprudence valide, par suite, l'endossement d'une police d'assurance inscrit sur le seul double de l'assuré. Cfr. Dijon, 3 avril 1874 et Paris, 13 déc. 1876. D. 1878, II, 18. — Angers, 28 déc. 1881. D. 1883, II, 105. — En ce sens, LEFORT, *Assur. vie*, t. II, p. 178.

réclame pour l'endossement du chèque qu'une seule mention, la signature de l'endosseur, reconnue également indispensable d'ailleurs pour la lettre de change ou le billet à ordre malgré le silence de la loi (1).

Quelles règles appliquer à l'endossement des créances civiles à ordre : celles du chèque, et se contenter par suite de la signature de l'endosseur ? ou celles du billet à ordre et de la lettre de change, et imposer toutes les mentions de l'article 137 du Code com. ? — La jurisprudence s'est décidée en faveur de cette dernière solution, soutenue aussi par la doctrine (2). Les articles 137 et 138 du Code com. posent la règle générale, celle qu'il faut suivre dans tous les cas où la loi n'y déroge pas formellement ; ils s'appliquent au connaissance et au prêt à la grosse comme au billet à ordre et à la lettre de change, aux contrats civils à ordre comme aux polices d'assurance ou aux filières contenant cette clause. La loi du 14 juin 1865 s'occupe du chèque seul et les facilités accordées par son article 1 ne se comprennent que pour cet acte, qui trouve sa principale utilité dans l'activité de sa circulation. Ce sont donc les mentions exigées par l'article 137 du Code com. dont nous allons

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 117. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1453.

(2) Bruxelles 15 juin 1826. S. C. N., t. VIII. II. 243. — Cass. civ., 1^{er} mars 1843. S. 43. I. 185. — Dijon 3 avr. 1874 et Paris 13 déc. 1876. D. 1878. II. 18. — Angers 28 déc. 1881. D. 1883. II. 105. — Trib. civ. Seine 12 janv. 1884. *Gaz. Pat.* 1884. I. 390. — DALLOZ. *Rép.*, V° Droit maritime, n° 1546. — DEBRAY. *La cl. à ordre*, pp. 205 et 206. — DELASALLE. *La cl. à ordre et ses effets*, n° 184, pp. 293 et 294. — Cresp et LAURIN. *Dr. maritime*, t. III, p. 405, texte et note 134. — Indiquons pourtant en sens contraire un arrêt isolé de cass. 9 août 1808, D. *Rép.* V° Dr. marit., n° 1546, déclarant valable et translatif l'endossement d'une police d'assurance n'exprimant pas la valeur fournie ; il est vrai qu'il s'agissait d'une police non pas à ordre, mais « pour le compte de qui il appartiendra. »

étudier successivement l'application aux créances civiles à ordre (1).

112. — Nous avons remarqué que cet article n'impose pas expressément la signature de l'endosseur, sans doute parce qu'elle est de nécessité si évidente qu'il est inutile d'en parler. C'est elle qui atteste définitive la volonté du titulaire de la créance de la transférer, qui prouve la transformation en acte ayant une valeur juridique du simple projet antérieur. La doctrine est unanime à la demander et l'on ne saurait mettre sérieusement en doute sa nécessité (2).

Mais, dans le cas où l'endossement est de la main d'un tiers et où la signature seule émane de l'endosseur, celui-ci ne devra-t-il pas se soumettre à l'article 1326 du Code civil et faire précéder sa signature des mots : approuvé... ou bon pour... avec indication en toutes lettres du montant de la créance ? On l'a soutenu (3), disant qu'il n'y avait pas de raisons de soustraire l'endossement à une règle générale. Les raisons au contraire ne manquent pas : l'article 137 du Code com., qui contient les conditions imposées à l'endossement, ne parle pas du bon pour et l'on sait que *specialia generalibus derogant* ; et, d'autre part, comment exiger que l'endos-

(1) Bien que la formule de l'endossement soit en quelque sorte invariable (Payez à l'ordre de... valeur en... Paris, le... signature de l'endosseur), elle n'a rien de sacramentel et les parties sont libres d'employer les termes qu'elles jugent bons, pourvu que leur intention reste clairement établie. Cfr., les formules d'endossement données par DEFRENOIS. *Traité*, 6^e éd. t. IV, formules n^{os} 686 et 687.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, p. 158. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n^o 117. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n^o 619. — PARDESSUS. *Dr. com.*, t. II, n^o 346. — THALLER. *Dr. com.*, n^o 1453.

(3) DELASALLE. *La cl. à ordre et ses effets*, n^o 167, pp. 269-270, qui invoque à tort l'autorité de NOUGUIER.

seur qui n'a pas écrit l'endossement mentionne avant sa signature la somme remise par l'endossataire, alors que, s'il l'avait écrit tout entier, l'endossement ne contiendrait aucune mention semblable? Aussi l'ensemble de la doctrine et l'usage constant des affaires s'accordent à faire ici une exception à l'article 1326 du Code civil (1).

113. — La date de l'endossement offre cet avantage de fixer l'époque précise à laquelle il faut se placer pour apprécier la capacité de l'endosseur, avantage important surtout lorsqu'il s'agit de commerçants ; en matière de faillite en effet, on peut d'un coup d'œil se rendre compte grâce à elle s'il y a lieu d'appliquer les articles 446 et sqq. du Code de commerce sur la période suspecte. La date permet encore de reconnaître sans longues recherches si l'on se trouve en présence d'un endossement antérieur ou postérieur à l'échéance, etc.

Cette mention de la date soulève deux difficultés. La première porte sur l'article 139 du Code de commerce, qui défend d'antidater les ordres à peine de faux ; cette disposition rigoureuse doit-elle être étendue à toute créance civile à ordre ?

Certainement non. L'argument *a pari* reste sans force en matière pénale et de ce que les travaux forcés à temps sont encourus par l'endosseur d'une lettre de change qui commet une antidate, il n'en saurait rien résulter contre celui qui commettra la même faute dans

(1) BÉDARRIDE. *Lettre de ch.*, t. I, n° 290. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. III, pp. 159-160. — MERLIN. *Rép.*, V° Endossement, n° 13. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 662. — LYON-CAEN et RENAUT. *Traité*, t. IV, n° 117. — Cass. req. 5 nov. 1872. S. 1873. I.12. — C'est l'opinion de VIDARI : *Corso di diritto comm.*, t. II, n° 2061 : le problème se pose de la même manière en Italie, où le bon ou approuvé est exigé dans tout acte non écrit de la main du débiteur et ne constatant pas une dette commerciale.

un titre de nature différente. Les articles 364 du Code d'Instruction criminelle et 4 du Code pénal imposent au juge d'absoudre l'accusé, quelque répréhensible que soit le fait commis, si ce fait n'est pas prévu par une loi pénale. Or un des éléments du délit fait ici défaut et c'est l'élément caractéristique, celui qui a motivé la disposition rigoureuse de la loi ; l'article 139 du Code de commerce ne fait que reproduire l'article 26 du titre V de l'ord. du com. de 1673 ; ce dernier avait pour but d'empêcher les faillis, pendant la période suspecte, d'avantager, au moyen d'endossements antidatés, l'un de leurs créanciers au préjudice des autres et d'encaisser ainsi indirectement le montant de l'effet (1). Il n'y a donc pas de raison d'appliquer aux contrats civils à ordre cette règle, qui ne remplit d'ailleurs guère son but.

La deuxième question est de savoir si la date de l'endossement est certaine par elle-même et fixée à l'égard des tiers par le titre seul.

Pour les titres déterminés endossables par la loi, cela est certain et l'article 139 du Code de commerce suffirait à le prouver pour la lettre de change et le billet à ordre : la loi ne punirait pas de faux l'antidate si la date portée au titre n'était pas opposable aux tiers ; d'ailleurs on s'accorde à ne pas étendre aux matières commerciales l'article 1328 du Code civil qui pose les conditions de date certaine d'un acte en matière civile (2).

(1) JOUSSE. *Commentaire sur l'ord. du com. du mois de mars 1673*, sur le tit. V. art. 26. — Cfr. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, nos 79, 121 et 121 bis.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. T. II, pp. 456-457. — DEMO-

Que décider pour les créances civiles à ordre ? Les termes généraux de l'article 1328 du Code civil n'obligent-ils pas à leur appliquer ses dispositions ? L'admettre serait aboutir à des complications pratiques rendant illusoire la possibilité d'étendre la clause à ordre à ces créances (1) et retirer d'une main ce que l'on accorde de l'autre, entraver par une formalité inutile la rapidité des négociations, raison d'être de l'endossement. D'ailleurs l'usage a introduit d'importantes exceptions à l'article 1328 du Code civil : les lettres missives, les quittances même non enregistrées ont date certaine à l'égard des tiers (2). Le débiteur qui a reçu quittance de son créancier peut, sans que la date en soit fixée par l'un des moyens indiqués par l'article 1328 du Code civil, s'en prévaloir à l'égard de quiconque vient faire saisie-arrêt de la créance entre ses mains, comme à l'égard du cessionnaire qui lui signifie, conformément à l'article 1690 du Code civil, la cession intervenue à son profit, comme à l'égard de tous autres tiers. Et cette exception si grave a, en somme, pour unique raison d'être les inconvénients qui résulteraient de l'application rigoureuse de l'article 1328 du Code civil (3). Pratiquement, on ne fait jamais enregistrer une quittance et l'exiger serait bouleverser inutilement un usage bien établi.

Les mêmes raisons se retrouvent en faveur de l'endossement des créances civiles : la fraude n'y saurait être

LOMBE. T. XXIX, n° 581. — HUC. *Commentaire Code civ.*, t. VIII, n° 256. — Alger 18 févr. 1888. S. 1889. II. 115, et la note renvoyant à la jpr. antérieure. — Lyon 10 août 1888. S. 1890. II. 113.

(1) THALLER. *Dr. com.*, n° 1339.

(2) HUC. *Comment. Code civ.*, t. VIII, n° 256.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, 6^e éd. t. II, n° 540. — DEMOLOMBE. T. XXIX, n° 537 et sqq.

plus dangereuse pour les tiers et paraît même plus difficile à réaliser pour qui voudrait la commettre, — les nécessités pratiques sont aussi fortes et l'usage est aussi bien établi : les endossements ne sont jamais enregistrés et cela paraît si naturel que, pratiquement, l'on ne se prévaut pas de l'inobservation de l'article 1328 du Code civil (1). Le mieux est donc de faire ici comme pour les quittances, de protester, si l'on veut, avec la doctrine contre cette inobservation d'une règle formelle et impérative, tout en reconnaissant que la jurisprudence et l'usage ont bien fait d'y apporter une exception nécessaire à la commodité des affaires courantes.

114. — La mention de la valeur fournie précise la cause du contrat intervenu entre l'endossataire et l'endosseur. Les formules varieront donc avec chaque espèce et celles usitées en matière d'effets de commerce sont assez nombreuses pour que tout endossement de créance civile y trouve l'expression qui lui convient : valeur en espèces, valeur en marchandises, valeur en compte (art. 110, C. com.) (2), valeur reçue comptant (3),

(1) Un jugement du trib. civ. de Versailles 8 mars 1895, *Gaz. Pal.* 1895. I. 609, exige cependant l'enregistrement pour que l'endossement ait date certaine.

(2) Cette dernière mention indique l'existence entre les deux parties d'un compte, dans lequel le montant de la créance endossée sera porté à l'actif de l'endosseur, et peut signifier soit qu'un article sera porté en compte (avance faite par l'endosseur à l'endossataire), soit qu'un article déjà porté en compte est réglé (avance faite antérieurement par l'endossataire à l'endosseur), soit que le solde du compte débiteur est arrêté et réglé. La réalité effective du compte ouvert entre les parties et du règlement intervenu entre elles ne concerne en rien les tiers et ne saurait porter atteinte aux droits résultant pour eux de l'endossement. — Pareille formule est d'ailleurs aussi rare dans les créances civiles qu'elle est fréquente dans les effets de commerce.

(3) Besançon, 8 déc. 1897. S. 1900. II. 231.

valeur en renouvellement de traites antérieures (1), valeur en loyers (2), valeur en prix de vente d'immeuble, etc., etc. Toute autre indication de valeur est également bonne à condition d'être assez précise ; la jurisprudence considère comme trop vagues et insuffisantes les expressions : valeur reçue (3), valeur entre nous connue, valeur en contractant, valeur entendue (4), valeur suivant nos conventions de ce jour (5), etc. etc., mentions parfaitement inutiles, puisqu'elles ne font rien connaître que l'on ne sache déjà sans elles (6).

115. — On a voulu conclure de ces règles que, de par sa nature, l'endossement était un contrat à titre onéreux ; si l'on emprunte la clause à ordre pour se donner la faculté d'endosser, on se soumet à toutes ses règles et il faut supporter les inconvénients pour bénéficier des avantages ; on peut endosser, mais en se soumettant aux conditions nécessaires de tout endossement et par suite on ne peut endosser à titre gratuit (7). — C'est tirer de l'article 137 du Code de commerce une

(1) Cass. civ., 2 août 1871. D. 1872, I, 115. — LYON-CAEN et RENAUT, *Traité*, t. IV, n° 83.

(2) Cass. civ. 4 août 1852. D. 1852, I, 300. — LYON-CAEN et RENAUT, *Traité*, t. IV, n° 83.

(3) Bourges, 12 févr. 1825. D. 1826, II, 124. — Toulouse, 17 nov. 1828. D. 1829, II, 145. — Aix, 1^{er} avril 1839. D. 1839, II, 278.

(4) Paris, 31 janv. 1833. D. 1833, II, 80.

(5) Cass. civ. 14 août 1850. D. 1850, I, 270.

(6) Un arrêt isolé de Cass. req. 12 juill. 1820, S. C. N. VI (1819-21), I, 277, avait déclaré translatif de propriété l'endossement causé valeur reçue d'une créance civile à ordre, se basant sur ce que les articles 137 et 138 du Code de commerce seraient applicables aux seuls effets de commerce. Mais il n'existe pas chez nous deux catégories distinctes d'endossements, et l'article 137 du Code de commerce s'applique certainement à tous. D'ailleurs la jurisprudence observe, en ce qui concerne la valeur fournie, les mêmes règles pour les créances civiles à ordre que pour les effets de commerce. LEFORT, *Assur. vie*, t. II, p. 177 et note 2.

(7) LEFORT, *Assur. vie*, t. II, pp. 193 et sqq. et les notes.

conclusion exagérée ; si cet article ne parle pas de l'endossement causé valeur en don c'est que le Code, livre de pratique, ne pouvait s'attarder à prévoir des hypothèses aussi rares que celle d'une libéralité entre commerçants, entre personnes d'intérêts le plus souvent opposés, en simples relations d'affaires et non d'affection les unes avec les autres. Il était naturel que l'endossement fût envisagé et étudié comme contrat à titre onéreux ; ce n'est pas une raison pour qu'il soit impossible à titre gratuit.

Mais comment faire pour endosser en ce dernier cas ? On ne peut exiger davantage que l'article 137 du Code de commerce ; or cet article demande que l'on indique la cause de l'obligation, et l'on y satisfait pleinement, semble-t-il, par la mention de l'intention libérale, véritable cause dans les contrats à titre gratuit. — Il est vrai. Malheureusement les règles civiles s'opposent de leur côté à la validité de l'endossement où l'on aurait indiqué comme cause la volonté de donner, et inscrit par exemple comme valeur fournie, valeur en don. L'art. 931 du Code civil veut que tous les actes portant donation entre vifs soient passés devant notaire et reçus en minute, à peine de nullité (1) ; cette exigence s'applique à l'endossement tel que nous venons de le supposer, qui constitue bien une libéralité proprement dite, une donation entre vifs tout ordinaire et non indirecte ou déguisée (2), et qui par suite devrait être constatée

(1) L'absence de forme authentique ne rend pas la donation simplement annulable entre les parties, mais nulle de nullité radicale et absolue. L'article 1339 du Code civil impose cette conclusion admise sans contestations. PLANIOL. *Dr. civ.*, t. I, n° 349.

(2) Alors même que l'on voudrait ne voir dans l'endossement qu'un acte de dessaisissement de l'endosseur, une renonciation de sa part à la créance,

par acte notarié, en minute. Or, la minute doit rester entre les mains du notaire d'une part, — et de l'autre nous avons vu que l'endossement doit être écrit sur le titre même. Exigences antinomiques ; l'endossement de donation apposé sur la créance ne serait plus qu'une expédition, c'est-à-dire une copie, ce ne serait pas l'acte véritable. L'endossement à titre gratuit est donc impossible, non en lui-même, mais en vertu de la combinaison de règles contradictoires (1).

Un arrêt (2) a voulu résoudre la difficulté en appliquant ici le principe que les dons d'effets mobiliers, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont sujets à aucune formalité, et en validant par suite l'endossement sous seing privé causé valeur en don. Mais comment parler ici de don manuel ? Il n'est pareil don que de meubles

il n'y aurait pas pour cela donation indirecte et, comme telle, non soumise aux conditions de forme des donations. La renonciation à un droit, par exemple à une succession, ne constitue une libéralité indirecte que si cette renonciation est pure et simple et non *in favorem tertii*. (Cfr. PLANIOL, *Dr. civ.* t. III, n° 2547, p. 737, texte et note 1) ; or, la renonciation qui est incluse dans l'endossement est essentiellement en faveur d'un tiers, de l'endossataire.

(1) Il n'en résulte pas que l'endossement ne puisse être notarié, mais il devra nécessairement être en brevet ; l'endossement est d'ailleurs de ces actes simples que les notaires sont autorisés par l'article 20 de la loi du 25 ventôse an XI à délivrer en brevet. L'avantage est considérable lorsqu'il s'agit d'un endosseur ne sachant pas écrire ; en pareil cas, il est vrai, l'on pourrait recourir à un autre procédé, au mandat notarié donné à un tiers d'endosser le titre. L'endossement en brevet est plus simple et réalise immédiatement l'opération. BÉDARRIDE, *Lettre de ch.*, t. I, n° 289. — BEUDANT, note sous Cass. civ., 8 mai 1878. D. 1878, I, 241. — DEBRAY, *La clause à ordre*, p. 204. — L'endossement notarié en minute est déclaré valable par NOUGUIER, *Lettre de ch.*, t. I, n° 666. — Au contraire, n'admettent pas l'endossement notarié même en brevet : BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, p. 160, note 2. — DALLOZ, *Rép.*, V° Effets de commerce, n° 367. — LOCRÉ, *Esprit du Code de com.*, t. II, p. 130. — LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, t. I, n° 1083 ; *Traité*, t. IV, n° 118. — PARDessus, *Cours de dr. com.*, t. II, n° 343.

(2) Paris. 6 mai 1815, S. C. N.. t. V (1815-18), II, 41.

corporels et invoquer la dispense dont ils bénéficient au profit d'une créance serait admettre le système de l'incorporation, au mépris de nos principes traditionnels en matière d'obligation. — Il est aussi inexact de soutenir que l'absence de toute mention de valeur n'empêche pas l'endossement de transférer la créance à ordre à titre gratuit. Pareil endossement manque de l'une des conditions de forme imposées par l'article 137 du Code de commerce et l'article 138 sanctionne ce vice par l'impuissance de l'acte à transférer la propriété : l'omission de valeur aboutit à un endossement irrégulier, valant non comme donation mais comme procuration (1).

La donation du titre à ordre par voie d'endossement reste cependant possible : il suffit pour cela aux parties de simuler une cause fictive, d'indiquer comme fournie une valeur quelconque. La validité des donations déguisées, admise depuis l'origine par la jurisprudence, n'est plus controversée sérieusement ; ici comme partout la simulation n'est une cause de nullité que si elle a pour but de commettre une fraude et à raison de cette fraude, non par elle-même. Rien n'empêche donc de porter comme valeur fournie la charge imposée au bénéficiaire, si la libéralité est faite avec charge (2), — ou

(1) Pourtant, Paris, 16 mai 1867. D. 1893, I, 178, note ; Riom, 23 janv. 1889, D. 1893, I, 179 (arrêt approuvé par MAHOUEAU, dans *Annal. dr. com.*, 1889, pp. 161 et sqq.) ; Cass. civ. 29 déc. 1890, D. 1891, I, 321, déclarent que semblable endossement a pu effectuer la donation entre vifs d'une créance à ordre (assurance sur la vie). — C'est une violation de l'article 137 du Code de commerce que ne suffit pas à autoriser l'incompatibilité entre les règles de cet article et celles des libéralités. De cette incompatibilité il faut conclure à l'impossibilité d'endosser à titre gratuit, et non à une modification arbitraire d'un texte formel.

(2) Riom, 23 janv. 1889. D. 1893, I, 179. — Besançon, 14 mars 1889, *Annal. dr. com.*, 1889, p. 169. — Mais, ainsi que le fait observer MAR-

d'indiquer tout simplement que l'endosseur a touché le montant de la créance, alors qu'il n'en est rien (1). C'est là, nous semble-t-il, le seul moyen de réaliser par l'endossement la donation d'un titre à ordre.

116. — L'art. 137 du Code de commerce exige encore que l'endossement porte le nom de celui à l'ordre de qui il est passé, dernière mention indispensable à sa validité.

En résumé, tout endossement de créance civile à ordre doit contenir : la signature de l'endosseur, la date, la mention de la valeur fournie, le nom du nouveau porteur et la clause à ordre. Ainsi constitué, il est dit régulier ou de propriété et nous étudierons ses effets dans les chapitres III et IV. Quant à la sanction de l'omission de l'une de ces énonciations, son étude fera l'objet du chapitre V.

SECTION II

CONDITIONS DE FOND

L'endossement n'est en somme qu'un contrat à ordre et soumis par suite aux mêmes règles que la créance à ordre elle-même, relativement au consentement et à la capacité des parties, à l'objet et à la cause de la convention ; un simple renvoi aux principes posés dans le livre I, chapitre III, section I, § II suffit donc, sous la réserve des quelques observations suivantes.

CADÉ, t. III, sur C. 931, n° 630 *bis*, il faut qu'il s'agisse d'une véritable charge et la simple affection ne saurait être regardée comme mention sérieuse et suffisante de valeur fournie.

(1) PLANIOL. *Dr. civ.*, t. III, n° 2552 *bis*.

117. — La question la plus intéressante soulevée par la nécessité du consentement naît du cas de faux : le titre à ordre est transféré par le moyen d'un endossement faux, commis en imitant la signature du véritable titulaire ; le débiteur, qui connaît le vice de l'endossement, peut-il et doit-il refuser de payer le titre à sa présentation ? Et, s'il l'ignore et exécute son obligation est-il libéré aux regards de la victime du faux ? — On s'accorde à répondre affirmativement à la première question (1) : une signature fausse équivaut à l'absence de signature, or pas de signature, pas de consentement, donc pas d'endossement ; le faux ne saurait opérer transfert d'un titre. De plus, le débiteur qui connaît la fausseté de la signature est de mauvaise foi et ne peut se dire libéré par un paiement qui le rend complice du délit commis aux dépens du véritable titulaire. Il pourra donc se prévaloir du faux contre tout endossataire dont le droit est postérieur à ce vice ; la règle de l'inopposabilité des exceptions ne s'applique pas ici, car il s'agit d'une exception née de la forme et révélée par le titre lui-même. L'endossataire postérieur au faux n'a pas plus de droit au paiement que n'a de droit contre la Banque de France le porteur d'un faux billet de banque ; leur seul recours est contre celui qui leur a transmis le titre (2).

(1) ALAUZET, t. IV, n° 1401. — BOISTEL, nos 756, 1° et 803. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, n° 340. — Cass. civ. 30 mars 1853. S. 1853, I, 470. — Trib. com. Angers, 20 juin 1853. S. 1853, II, 562.

(2) La même règle est observée en Allemagne, où l'exception de faux (die Einrede der Fälschung) est reconnue opposable à tout tiers, même de bonne foi. — HARTMANN. *Die allgem. deutsche W.-O.*, pp 177 et sqq. — O. WÄCHTER. *Wechsellehre nach den deutschen und ausländischen Gesetzen* Stuttgart. 1861. § 169, p. 596. — POUTANT DEBRAY. *La cl. à ordre*, p. 225-226, soutient qu'elle est inopposable.

Si, par contre, le débiteur ignore le faux et paie de bonne foi au porteur, il faut le dire libéré vis-à-vis de l'endossataire dépouillé, et celui-ci n'a de recours que contre le faussaire et celui qui a reçu indûment (1). Sa situation est en effet moins intéressante que celle du débiteur : il aurait dû veiller plus soigneusement sur ses créances, il aurait dû surtout prévenir du vol le souscripteur, que sa bonne foi doit mettre à l'abri de toute responsabilité.

118. — Quant à la capacité des deux parties en présence, endosseur et endossataire, il faut, bien entendu, que l'endosseur soit le titulaire du droit ; donc, peut seul endosser le créancier primitif ou l'endossataire subséquent titulaire actuel de la créance. Règle d'évidence, qui soulève parfois cependant quelques difficultés pratiques.

Ainsi, en matière d'assurance sur la vie à ordre, le souscripteur a en principe, seul, le droit d'endosser ; mais dans le cas où l'assurance a été contractée par lui au profit d'un tiers, il y a lieu de distinguer (2). Tant que le tiers n'a pas accepté, le souscripteur reste maître de

(1) ALAUZET. T. IV, n° 1401. — BOISTEL, n° 803. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 339. — THALLER. *Dr. com.*, n° 1516 et sqq.

(2) Cass. req., 22 juin 1891. S. 1892. I. 177. — Cass. civ., 4 mai 1904. S. 1904. I. 385. — Le tiers désigné a-t-il accepté, il est devenu bénéficiaire définitif, seul susceptible d'endosser valablement. Cass., 16 juin 1890. S. 1893. I. 518. — Sauf quelques cas exceptionnels : ainsi, l'assuré a indiqué sa femme comme bénéficiaire, dans un but de libéralité ; toute donation entre époux étant révocable, le mari a toujours le droit de disposer de la police, malgré l'acceptation de la femme, et de la donner par exemple en gage. Rouen, 21 mars 1893. S. 1893. II. 250. — De même dans le cas où la fille, titulaire d'une créance à ordre, vient à se marier sous le régime de communauté ; cette créance tombant dans l'actif de la communauté, le mari a seul le pouvoir de l'endosser ; la femme ne pourrait plus le faire que comme mandataire du mari. Cass. req., 7 août 1843. S. 1844. I. 33.

la créance et libre de l'endosser à qui il veut ; — après l'acceptation, il n'a plus aucun droit, et le tiers seul peut désormais endosser.

Au reste, les règles générales s'appliquent à notre matière : sont incapables d'être endosseurs ceux qui ne peuvent disposer de leurs créances (mineurs en tutelle, interdits, pourvus de conseil, femmes mariées hors le droit d'administration qu'elles peuvent avoir, faillis après le jugement déclaratif, etc.), — et d'être endosataires ceux qui ne peuvent acquérir, à titre gratuit ou à titre onéreux suivant l'espèce.

L'incapacité de l'une des parties entraîne ici les mêmes conséquences que dans la créance à ordre : naissance, au profit de l'incapable d'une exception opposable à tout porteur, fût-il de bonne foi, suivant l'effet ordinaire des incapacités, et ainsi que l'exige une protection efficace des incapables (1).

119. — L'endossement doit en plus avoir un objet et une cause qui ne soient pas illicites, immoraux ou contraires aux bonnes mœurs.

Pour l'objet, il réunira forcément ces qualités, si elles se trouvent dans l'objet du contrat lui-même.

Une difficulté, cependant, peut naître à l'occasion de l'objet de l'endossement ; ce dernier peut-il être partiel ? peut-il ne porter que sur une partie de la créance constatée par le titre à ordre ? — L'hypothèse n'offre pas

(1) ALAUZET. T. IV, nos 1269 et 1271. — BÉDARRIDE. *Lettre de ch.*, t. I, nos 292 et sqq. — BOISTEL, n° 742. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. III, pp. 125-130. — LYON-CAEN et RENAULT. *Précis*, t. I, nos 1071 et 1082 ; — *Traité*, t. IV, n° 488. — NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, nos 698 à 701. — Paris, 7 nov. 1840. S. 1841. II. 86. — Cass., 19 fév. 1856. D. 1856. I. 86. — Cass. civ., 26 nov. 1861. S. 1862. I. 177.

sans doute grand intérêt pratique (1) ; aussi la plupart des auteurs la passent sous silence. Parmi ceux qui en parlent, quelques-uns se refusent à admettre l'endossement partiel, qu'ils considèrent comme entravant la circulation du titre par l'impossibilité où il met le titulaire de faire valoir le surplus de sa créance (2) ; le remède est d'ailleurs commode, ajoutent-ils : on sait que la cession de la créance civile à ordre est reconnue valable, — l'article 1690 du Code civil, d'autre part, autorise, ou du moins n'interdit pas les cessions partielles : il n'y aura donc qu'à faire cession partielle de la créance. — Remède pire peut-être que le mal, par suite des inconvénients de la cession des titres à ordre. Pourquoi interdire l'endossement partiel lorsque la loi ne le fait pas ? Il n'a rien d'impossible ; l'endosseur, après avoir endossé le titre pour une partie, fera circuler pour le surplus des copies du titre, qui lui permettront de réaliser le montant intégral de ses droits. Telle est bien, semble-t-il, l'opinion généralement admise (3).

(1) Elle est cependant très réalisable et de façon parfois curieuse. Ainsi, les héritiers du titulaire d'une créance à ordre endossent ce titre : chacun d'eux évidemment n'endosse que pour la partie représentant sa quote-part dans la succession ; l'endossement, total à l'égard de l'endossataire, est partiel du côté de chaque endosseur. — L'endossement partiel se conçoit plus simplement dans l'hypothèse où il s'agit d'une créance à ordre très importante, et pour laquelle on ne réussirait pas à trouver d'endossataire du montant intégral, au lieu qu'il reste facile de trouver preneur pour une partie de la créance. Le mieux serait alors de créer des billets à ordre de valeur courante pour le montant de la créance, sur laquelle ils seraient causés.

(2) DELASSALLE : *La cl. à ordre et ses effets*, n° 47, pp. 56 et 57. — DEMAISON : *De l'endossement des titres à ordre*, p. 36.

(3) DALLOZ : *Rép.*, v° Effets de commerce, n° 371 ; Suppl., *codem verbo*, n° 156 (l'auteur fait, ici, remarquer que le prix de l'endossement peut être inférieur à celui de la créance constatée par le titre, ce qui n'est pas douteux). — DEBRAY : *La cl. à ordre*, p. 236. — LYON-CAEN et RENAULT :

120. — A la différence de l'objet, la cause peut varier et varie habituellement d'un endossement à l'autre ; l'indication de valeur fournie renseigne à son sujet, pas très exactement il est vrai, car les simulations sont très fréquentes. Peu importe d'ailleurs au tiers, détenteur actuel du titre, la cause réelle des endossements antérieurs et ses vices possibles ; suivant la règle, en matière de simulation, la convention apparente seule fixe ses droits. L'absence de cause, la cause fausse, illicite ou immorale de l'endossement, non révélées par lui, ne peuvent pas plus être opposées au porteur de bonne foi, que le vice de la cause de la créance à ordre et pour les mêmes raisons (1).

121. — Il y a enfin des conditions de temps pour l'endossement. On peut endosser, dès qu'on est titulaire de la créance et qu'on a le titre entre les mains, et on le peut, jusqu'à ce que l'on ait perdu l'une de ces deux qualités. De la première condition, rien à dire de particulier ; la seconde soulève les deux questions de la rature de l'endossement et de l'endossement après l'échéance.

Le titulaire de la créance civile à ordre, qui a inscrit un endossement sur le titre, a-t-il le droit de le raturer pour en inscrire un nouveau ? C'est aux principes géné-

Traité, t. IV, n° 128 bis. — NOUGUIER : *Lettre de change*, t. I, n° 665. — L'endossement partiel (Theilindossament) est admis par la très grande majorité de la doctrine en Allemagne : GRÜNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 92, pp. 154-158. — HARTMANN : *Die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung*, p. 66. — THIEL : *Das Wechselrecht*, 3^e éd., 1873, p. 484. — O. WAECHTER : *Wechsellehre nach den deutschen und ausländischen Gesetzen*, § 91, pp. 253-254. — Il est repoussé en Italie par VIVANTE : *Trattato di diritto comm.*, t. III, n° 1150.

(1) ALAUZET : t. IV, n° 1240. — BOISTEL : n° 757. — LYON-CAEN et RENAUDT : *Précis*, t. I, n° 1090, 1059 et p. 570, note 1. — Cass. civ. 25 juin 1890. D. 1890. I. 469.

raux que l'on doit s'adresser pour résoudre cette difficulté qui n'a rien de spécial à notre matière et se retrouve à propos de tout écrit constatant un contrat. Il faut distinguer. Tant que l'écrit reste un simple projet, n'est pas devenu définitif par la réalisation du contrat, l'endosseur conserve le droit de bâtonner la formule encore sans valeur qu'il a écrite. Il pourrait également, si la personne désignée y consent, faire faire un contre-endossement, une contre-passation de l'ordre à son profit, procédé qui n'est pas sans danger pour l'endossataire, lequel, jouant le rôle d'endosseur, prend ainsi rang parmi les garants du paiement. Au contraire, que le contrat soit définitif et irrévocable, que le titulaire ait reçu la valeur de l'endossement ou prévenu par lettre l'endossataire qui a accepté, il ne saurait toucher à l'endossement ; « la lettre n'appartenant plus au donneur d'ordre, il n'en peut plus disposer », disait Savary.

C'est donc là, en somme, une question de fait (1).

L'endossement après l'échéance fut autrefois assez vivement attaqué (2), par ceux surtout qui voyaient, dans l'endossement, un procédé de cession simplifié, autorisé en faveur du commerce et de quelques effets seulement, et qui ne trouvaient plus de justification à pareille bienveillance après l'échéance du titre. — Aujourd'hui, il est universellement admis par la jurispru-

(1) SAVARY : *Parère* XXIV, 2^e quest., t. II, p. 195. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n^o 127 et note 2. — NOUGUIER : *Lettre de Ch.*, t. I, n^{os} 689 et 690. La même règle est suivie en Allemagne : GRÜNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 77, pp. 33 et sqq. — STIEGLER : *Zur Lehre vom durchstrichenen Accepte*, 1896.

(2) DALLOZ : *Rép.* V^o Effets de co., n^o 408. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n^{os} 679 et sqq. — PARDESSUS : *Dr. com.*, t. II, n^o 351.

dence (1) et la doctrine (2), qui lui reconnaissent même nature et mêmes effets qu'à l'endossement ordinaire. L'échéance n'influe que sur l'exigibilité de la dette et ne saurait avoir d'action sur la clause à ordre, qui subsiste malgré tout et continue à affecter la créance, civile de sa modalité particulière, donc à lui permettre de circuler par endossement. Ne devrait-on pas dire au contraire que l'arrivée du terme ou de la condition, doit rendre cette circulation plus facile et plus intense ? Car ce n'est plus une prestation future, exigible dans un laps de temps plus ou moins éloigné, qu'acquiert l'endossataire, mais un droit immédiatement réalisable, analogue aux effets de commerce à vue (3).

(1) Longue liste d'arrêts en ce sens dans NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, p. 423, note 1. — Cass. civ. 22 mars 1853, S. 1853, I, 469. — Cass. civ., 25 juil. 1855, S. 1856, I, 25. — Orléans, 15 mai 1856, sous Cass. req. 18 août 1856, S. 1857, I, 586. — Trib. co. Lyon, 30-sept. 1902. *Gaz. jud. et com. de Lyon*, 20 nov. 1902. — Trib. co. Seine, 8 mars 1904, La Loi 5 mai 1904.

(2) ALAUZET, t. IV, n° 1350. — BÉDARRIDE : *Let. de ch.*, t. I, n°s 296-298. — BOISTEL : n° 751. — BRAVARD-VÉYRIÈRES et DEMANGEAT : t. III, pp. 154-157. — DEBRAY : *La cl. à ordre*, p. 235. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 135 ; — *Précis*, t. I, n° 1094. — Pourtant THALLER : *Dr. com.*, n° 1479, assimile à une cession l'endossement tardif : celui-ci, à la différence de l'endossement ordinaire n'entraînerait pas l'inopposabilité des exceptions ; opinion longuement réfutée par PICHON : *De l'inopposab. des except.*, pp. 231-240.

(3) Assez rare en France, l'endossement après l'échéance (Nachindossament ou Indossament nach Verfall) occupe une place importante en Allemagne, où sa validité n'est pas contestée. HARTMANN : *Die allgem. deutsche W.-O.*, pp. 79 et sqq. — O. WÄCHTER : *Wechsellehre*, § 99, pp. 271-277. — Et spécialement : GRUNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 94 : Die Wirkungen des Nachindossaments in allgemeinen.

CHAPITRE III

EFFETS DE L'ENDOSSEMENT DES CRÉANCES CIVILES

122. — La nature de l'endossement établie, ses conditions d'existence déterminées, il reste à voir quels effets il produit, en limitant cet examen à l'hypothèse ordinaire d'un endossement régulier, translatif de la propriété de la créance civile à ordre, — réservant pour le chapitre V l'étude des endossements pignoratif et de procuration.

SECTION PREMIÈRE

EFFETS DE L'ENDOSSEMENT ENTRE LES PARTIES

123. — Nous avons vu que l'endossement est la désignation par le créancier d'un nouveau bénéficiaire ; il constitue un dessaisissement du titulaire actuel de la créance civile (assurance sur la vie, obligation, etc.), une renonciation de sa part à tous ses droits en faveur de la personne désignée, laquelle accepte ainsi l'offre du débiteur et parfait un nouveau contrat qui la rend créancier direct et immédiat.

Quelle est exactement la situation de l'endossataire ? L'offre qui lui était faite était celle d'un contrat en tous points semblable à celui intervenu entre le débiteur et le premier créancier, avec les mêmes clauses et les mêmes modalités, avec les mêmes sûretés et garanties : c'était l'offre d'une créance civile, telle qu'elle résultait du titre, avec tous ses accessoires. Par son acceptation, l'endossataire acquiert donc tous les droits du créancier primitif : droit aux intérêts de la créance, droit au paiement, droit de poursuivre l'exécution forcée, droit aux garanties de la créance (hypothèque, gage, action en résolution, etc.), droit à des dommages-intérêts en cas de retard dans le paiement, droit d'endosser à son tour, etc., etc. — Quant à la possession et à la propriété du titre, c'est bien de son endosseur qu'il les acquiert, et, sous ce rapport, on doit le considérer comme ayant-cause (1).

Mais il importe de remarquer que, *inter partes*, ces effets sont le résultat non de l'endossement, de l'écrit, mais de la convention, du consentement des parties et du concours de leurs volontés (art. 1138 C. civ.) (2). L'endossement tel qu'il est écrit n'a d'importance qu'à l'égard des tiers ; entre les parties, l'élément subjectif, l'accord réciproque est le seul fondement de tous droits (3). Soit par exemple un endossement d'une assurance sur la vie, régulier en la forme, donc translatif de propriété ; l'endosseur prétend avoir voulu faire

(1) Paris, 1^{er} déc. 1860, S. 1861. II, 117 et Cass. req., 13 janv. 1862, S. 1862, I, 207, confirmant l'arrêt de la Cour de Paris.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 128.

(3) Cass. req. 7 mars 1882, S. 1883, I, 241 et les observations de M. le conseiller Demangeat. — Cfr. NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 291, et la jurisprudence indiquée en note.

une simple procuration et demande à l'établir ; le peut-il ? Non à l'égard des tiers, car l'endossement est régulier, les conditions requises pour que l'endosseur disparaisse du contrat sont remplies ; il n'a plus rien à prétendre. Mais contre son endossataire immédiat, il reste libre de prouver quelle opération juridique ils ont voulu faire au juste, quels droits exacts il a entendu conférer à cet endossataire, qui n'en saurait prétendre d'autres. Ce n'est pas l'endossement, la mention au dos du titre qui importe *inter partes*, mais la convention que cela suppose, et les droits n'existent qu'à dater et dans les limites de cette convention (1).

124. — A côté de cet effet, en quelque sorte normal et prévu, de l'endossement, s'en trouve un autre tout particulier : l'obligation de garantie du paiement de la dette qui est contractée par chaque endosseur envers son endossataire et dont se trouvent ainsi à l'échéance débiteurs envers le dernier endossataire tous les endosseurs successifs (2).

Si la créance civile n'était pas affectée de la clause à ordre et qu'elle fût cédée suivant les formes des articles 1690 et sqq. du Code civil, le cédant serait tenu, aux termes des articles 1693-1695 du Code civil, de la seule garantie de l'existence de la créance ; la garantie de la solvabilité du cédé n'est due que si elle est expressément stipulée et encore c'est la solvabilité actuelle qui est garantie en ce cas, la solvabilité lors de l'échéance devant, pour être garantie, être formellement

(1) ALAUZET, t. IV, n° 1340. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1100. — NOUGUIER ; *Lettre de ch.*, t. I, n°s 726-731.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT : T. III, pp. 170-171. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 132.

mentionnée. De plus, la garantie ne porte que sur le prix de la cession reçu par le cédant et non sur le montant de la créance, sur cinquante seulement dans le cas où une créance de cent aurait été cédée à ce prix — L'article 140 du Code de com. pose, pour l'endossement, des principes tout opposés : la garantie naturellement due par l'endosseur à l'endossataire est celle de la solvabilité et de la solvabilité future du débiteur, et elle porte sur la valeur intégrale de la créance elle-même, non sur la somme versée par l'endossataire. L'article 140 du Code de com. ajoute que les endosseurs en sont tenus solidairement.

La garantie naturelle de l'endossement est donc à peu près la contre-partie de la garantie naturelle en matière de cession de créances. L'antinomie s'explique par la fonction économique toute différente, remplie par ces deux institutions. L'obligation à ordre est destinée avoir une circulation intense ; de là cette nécessité pour elle de garanties sérieuses qui augmentent son crédit, car un titre circule d'autant plus facilement qu'il a plus de crédit, et il a d'autant plus de crédit que la certitude qu'il sera payé est plus grande (1). Que la garantie de la solvabilité disparaisse et l'endossement devient une sorte de contrat aléatoire, une opération de résultat douteux, où les risques s'aggravent de la difficulté de s'assurer de la solvabilité du débiteur principal pour l'endossataire, souvent éloigné, souvent pressé par l'activité des affaires. Il y avait un besoin absolu de la garantie du paiement à l'échéance ; de là l'article 140

(1) « Kredit ist nur die Glaube an die Zahlungsfähigkeit » le définit COHN : Kredit, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 231, p. 360, note 11.

du Code de com. qui l'établit pour la lettre de change, l'article 164 pour les billets à ordre, l'article 313 pour les billets de grosse, l'article 4 de la loi des 14-20 juin 1865 pour le chèque, l'article 9 de celle du 28 mai 1858 pour les warrants.

Pour les créances civiles à ordre, la loi n'en parle pas. Y a-t-il lieu de leur étendre ici encore les principes posés pour l'endossement des autres titres à ordre ou bien faut-il conclure qu'il y a là une règle commerciale qui ne doit point passer dans le droit civil, où l'article 1693 du Code civil reste le droit commun ? La plupart des auteurs de droit commercial ont eu à examiner cette question à propos de la lettre de change dégénérée en simple promesse (art. 112 C. com.) ; l'endossement de pareil acte reste possible et valable, mais entraîne-t-il garantie solidaire ? On ne s'entend guère. Quelques-uns repoussent et la garantie du paiement et la solidarité entre les endosseurs (1) ; ce sont là, d'après eux, des effets spéciaux à lettre de change et aux actes qui lui sont assimilés par la loi commerciale, donc étrangers par leur nature aux obligations civiles, même à ordre, qui ne comportent de garantie de la solvabilité qu'expressément stipulée. D'autres admettent la garantie, mais non la solidarité (2) ; la garantie en effet est bien une

(1) ALAUZET : T. IV, n° 1343, 1381. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT : T. III, pp. 183 et 184. — MASSÉ : *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, t. III, n° 1987 à 1989. — RIVIERE *Répétitions écr. sur le Code de commerce*, 3^e éd., 1860, p. 247, sur Co. 112. — Pour BOISTEL : n° 753, il fonde la garantie solidaire sur le rôle de monnaie commerciale joué par les effets de commerce ; il doit donc logiquement la limiter à ces effets.

(2) Ainsi LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1054 ; — *Traité*, t. IV, n° 476, note 4, qui paraissent bien admettre implicitement la garantie, mais repoussent expressément la solidarité.

conséquence de la clause à ordre et non du contrat de change ; c'est une condition nécessaire de la sûreté indispensable à la circulation des titres à ordre, et la même raison existe pour toute créance endossable aussi bien que pour la lettre de change.

Mais la jurisprudence va plus loin et admet également la solidarité (1), en quoi elle a certainement raison si l'on se rend un compte exact de ce qui se passe. La solidarité légale n'existe il est vrai que dans quelques cas limitatifs où la loi l'établit expressément ; mais, et malgré l'expression « garantie solidaire » de l'article 140 du Code com., il n'y a pas ici de solidarité proprement dite. Si l'endosseur poursuivi doit payer toute la dette, c'est qu'il a garanti la dette tout entière, de sorte que le dernier endossataire se trouve titulaire à la fois et de la créance principale et d'autant de créances accessoires de garantie pour le tout qu'il y a d'endosseurs. Or, la solidarité n'est possible qu'entre codébiteurs d'une même créance ; elle ne saurait donc exister

(1) Cass. civ. 10 fév. 1880. S. 1880. 1. 203 : « Vu les art. 118, 140, 164 et 187 C. Co., — Attendu qu'il résulte de ces articles et de la garantie solidaire qu'ils établissent que tous ceux qui s'engagent par un titre payable à ordre acceptent d'avance pour créanciers tous ceux qui en deviendront propriétaires par des endossements successifs, et spécialement que tout endosseur contracte une obligation de garantie envers tous les cessionnaires ultérieurs qui ont, dès lors, un recours contre tous les endosseurs qui les précèdent, alors même que leur endosseur immédiat serait lui-même privé de ce recours par des raisons de droit qui lui seraient personnelles ; qu'à la différence du cessionnaire d'une créance ordinaire, qui n'a d'autres droits que ceux de son cédant qu'il représente, le porteur par endossement a pour obligés directs tous et chacun des obligés au titre et qu'en cas de non paiement par le souscripteur ou par le titre, il peut, de son propre chef, et sans avoir besoin d'emprunter l'intermédiaire de son cédant, exercer une action en garantie contre les endosseurs antérieurs ». — En même sens : LEFORT : ASSUR. Vie, t. II, p. 180, texte et note 4. — PARDESSUS : DR. com., t. II, n° 467.

ici, où nous avons autant d'obligations distinctes que de garants. De là ces différences profondes entre notre cas particulier et la solidarité, différences qui résultent de la loi elle-même : l'endossataire pour conserver ses droits contre les endosseurs doit agir contre eux tous (art. 167 C. com.), au lieu que l'action contre un seul des codébiteurs solidaires suffit à éviter la péremption du droit ; et surtout le codébiteur qui a payé ne peut demander à chacun de ses codébiteurs que sa part dans la dette (art. 1213 du C. civ.), tandis que l'endosseur qui a payé toute la dette peut réclamer le tout à l'un quelconque de ceux qui le précèdent dans la série des endossements (art. 164, 2^e al., Code com.), ce qui est absolument contraire à l'idée de solidarité. La véritable conclusion est que, dans les créances civiles à ordre, chaque endosseur est naturellement garant de la solvabilité future du débiteur et que, s'il ne peut opposer l'exception de division à l'endossataire qui le poursuit, c'est qu'il s'est engagé pour le tout, c'est qu'il s'est obligé personnellement au paiement intégral de la dette (1).

125. — Quant aux règles qui régissent cette obligation de garantie, ce sont les règles générales sur la matière, modifiées en quelques points par les dispositions spéciales du Code de commerce. Par suite, cette obligation disparaît dans le cas d'endossement à titre gratuit. Elle existe au contraire dans tout endossement

(1) En Allemagne, au contraire, dans les titres de créance endossables autres que la lettre de change et les différents titres à ordre énumérés par le Code de commerce ou assimilés à ces titres par une loi spéciale, l'endossement ne fait pas naître le recours en garantie des effets de commerce. BRUNNER : *Die Werthpapiere*, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 198, V, pp. 194-195 et note 43.

à titre onéreux, mais pour en déterminer le montant il faut avoir soin de distinguer entre quelles personnes le recours est exercé. Si l'endossataire recourt contre son son endosseur immédiat, il ne peut réclamer que la somme versée par lui au dit endosseur, car la réalité des faits importe seule entre eux ; par conséquent, il n'aura aucun recours dans le cas d'une donation dissimulée sous la forme d'un endossement à titre onéreux. Contre tous autres endosseurs, il peut agir pour le montant intégral de l'engagement du débiteur principal, puisque c'est cette dette qu'ils garantissent ; que l'endossement ait eu lieu à un prix inférieur (ce qui en fait arrive très fréquemment dans les assurances sur la vie), cela ne les regarde point.

Mais le bénéficiaire du titre à ordre ne saurait se prévaloir des articles 177-186 du Code de commerce et tirer sur l'un des endosseurs une lettre de change pour se rembourser ; c'est là disposition évidemment particulière à la lettre de change et au billet à ordre, inapplicable en matière civile surtout, où le règlement par effets de commerce n'est pas admis. — De même le jour à dater duquel courent les intérêts de la créance impayée doit être déterminé d'après les règles du droit civil, c'est-à-dire d'après l'article 1153 du Code civil et non d'après l'article 184 du Code de commerce ; les intérêts ne sont dus qu'à partir de la sommation de payer et non du jour du protêt.

On doit écarter également les conditions restrictives imposées en matière d'effets de commerce à l'exercice de la garantie, spécialement par les articles 160 et suivants : obligation de présenter le titre le jour même de l'échéance (article 161 du Code de commerce), — obliga-

tion de faire dresser protêt faute de paiement le lendemain de l'échéance (article 162 du Code de commerce), obligation de notifier le protêt à tous les signataires du titre et de les citer en justice dans les quinze jours qui suivent la date du protêt (articles 165, 166 du Code de commerce). Toute cette réglementation rigoureuse dérive, non pas de la nature propre de l'ordre, mais de la crainte constante de la faillite, idée essentiellement commerciale, qui n'a rien à voir en droit civil où tout créancier reste libre d'accorder à ses débiteurs principaux ou accessoires tels délais qu'il juge bon (1). Les créances civiles à ordre sont affranchies de ces lisières. Toutefois l'endossataire n'est pas absolument libre d'exercer son recours quand il veut et on ne peut lui reconnaître le droit d'attendre indéfiniment ; un délai trop prolongé constituerait une faute emportant déchéance du droit à la garantie.

Le droit à la garantie peut être paralysé ou disparaître pour bien d'autres motifs. On a vu (p. 186, note 1) que, pour la jurisprudence, l'obligation de garantie a la même nature et le même fondement que l'obligation principale et qu'elle s'analyse en un engagement direct de chaque endosseur envers son endossataire immédiat et envers tous les endossataires ultérieurs. Les exceptions dont pourra se prévaloir le garant seront donc analogues à celles opposables par le débiteur principal

(1) SAVARY : *Parfait négociant*, t. I, p. 238. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1054. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. II, n° 1286. — PARDESSUS : *Dr. com.*, t. II, n° 467. — RIVIÈRE : *Répétitions écrites sur le C. co.*, sur co. 112, p. 247. — Toulouse, 8 mai 1901. *Gaz. Pal.*, 1901. II. 610. — *Contra* : BOISTEL : n° 839. — Cette non extension de la réglementation rigoureuse et toute particulière du change aux créances civiles est soutenue en Italie par VIDARI : *Corso di diritto commerciale*, t. II, nos 2069 et 2070.

à l'endossataire poursuivant : défaut absolu de consentement (faux, démence, etc.), certains vices du consentement (erreur et violence, non le dol), incapacité. Sont inopposables les exceptions symétriques à celles inopposables par le débiteur principal : vice ou absence de cause, dol, etc.

Lorsque la créance civile vient à être réendossée à l'une des personnes qui y figuraient déjà, cela entraîne certaines conséquences au point de vue de la garantie. Soit, par exemple, Primus, débiteur principal, Secundus, premier créancier, Tertius, Quartus, Quintus, Sextus, etc., endossataires successifs. Quintus, troisième endossataire, réendosse à Tertius, qui reste porteur à l'échéance et n'est pas payé ; quels recours a-t-il ? Contre Secundus il peut agir librement, mais contre Quartus et Quintus, son action sera paralysée par l'exception de garantie tirée de son premier endossement ; en vertu de ce dernier, il est lui-même tenu à garantie envers ceux-ci. Mais si Tertius, au lieu de rester porteur à l'échéance, endosse à nouveau, ce dernier endossataire pourra agir indifféremment en garantie contre tous les endosseurs précédents : Secundus, Tertius, Quartus, Quintus ; ces deux derniers ne peuvent invoquer contre lui une exception personnelle à Tertius (1). — Il faut suivre la règle contraire dans le cas où le titre a été réendossé au débiteur principal et où celui-ci l'endosse à un tiers. Ce dernier endossataire n'a aucun recours en garantie contre les endosseurs antérieurs, car, l'obligation principale s'étant éteinte à un certain moment par

(1) Cass. civ., 10 fév. 1880, S. 1880. I. 203, approuvé par LYON-CAEN et RENAULT dans *Rev. crit.*, 1881, p. 289, et *Traité*, t. IV, n° 137.

confusion, leur obligation de garantie, qui est accessoire, a disparu dès lors définitivement (1).

Enfin, il est une dernière exception que l'on a voulu à tort donner à l'endosseur garant et qu'il faut lui refuser ; c'est celle accordée par l'article 2037 du Code civil à la caution qui, par la faute du créancier, ne peut plus être subrogée aux droits, privilèges et hypothèques de ce créancier. L'endosseur ne peut arguer de la perte des sûretés pour se faire décharger de son obligation, car, s'il s'est engagé, ce n'est pas à raison de ces sûretés, mais dans le but de négocier la créance civile (2).

Cette obligation de garantie n'est pas de l'essence de l'endossement mais seulement de sa nature ; aussi les parties peuvent s'en affranchir par une clause expresse de non-garantie (clause sans garantie ou à forfait). Cette clause étant exceptionnelle n'affecte que le seul endossement qui la contient, les autres, qu'ils lui soient an-

(1) Les tribunaux, en pareil cas, décident que le titre se trouvant éteint ne peut être remis en circulation. Cass. civ. 19 avr. 1848. S. 1848. I. 385 et note de DEVILLE. — En même sens : DEBRAY : *La cl. à ordre*, pp. 259 et sqq. LYON-CAEN et RENAULT : dans *Rev. crit.*, 1881, p. 290. — PICHON : *De l'innoposab. des except. au porteur d'un tit. à ordre*, pp. 143-151. — Cette acquisition de la propriété du titre par le débiteur équivaut à un paiement anticipé ; c'est ainsi que le § 797 C. civ. allem. dit : « En exécutant son obligation, le souscripteur acquiert la propriété du titre. » — Cfr COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts*, t. II, § 257, IV, 2, p. 340. — *Contra* THALLER : *Dr. com.*, n° 1477, qui assimile l'hypothèse où le titre est endossé au débiteur et celle où il est réendossé à l'un des endosseurs, et admet que dans les deux cas le titre une fois remis en circulation, les signatures reprennent leur valeur.

(2) La jurisprudence est formelle en ce sens : Limoges, 12 févr. 1862. S. 1862. II. 292, maintient son recours en garantie au dernier endossataire, alors même qu'il a donné main-levée d'une inscription prise sur les biens du souscripteur en vertu d'un jugement. — *Contra* NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. II, n° 1209 : d'après lui, l'endosseur serait libéré dans le cas où l'une des garanties résultant du contrat à ordre disparaît.

térieurs ou postérieurs, obligeant à garantie ; conséquence logique de ce que chaque endossement constitue un acte distinct, indépendant de ce qui le précède et de ce qui le suit (1).

Si au contraire cette clause « sans garantie » était insérée dans la créance principale, elle réagirait sur tous les endossements (2) : la clause est alors inhérente au contrat principal et l'on ne comprendrait pas qu'il soit besoin de la répéter à chaque fois que le titre change de mains.

Malgré la clause de non garantie, l'endosseur répond cependant toujours de son fait personnel, c'est-à-dire de tout acte de nature à porter atteinte à l'exercice du droit de l'endossataire (3), et, conformément à l'article 1693, de l'existence de la créance (4).

SECTION II

EFFETS DE L'ENDOSSEMENT A L'EGARD DES TIERS

126. — Les tiers sont les personnes qui, restées étrangères à l'endossement, prétendent avoir des droits que l'endossement tend à détruire ou à restreindre. Ce sont, par suite, le débiteur, les endossataires postérieurs, les créanciers gagistes, les créanciers chirographaires qui ont saisi-arrêté la créance (5).

(1) ALAUZET : t. IV, n° 1378. — BOISTEL : n° 758 — BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT : t. III, p. 171 et note 1. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 134.

(2) Cass. civ. 8 avr. 1834. S. 1834. I. 225. — ALAUZET : t. IV, n° 1377. LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 102. — PARDESSUS : *Dr. com.*, 5^e éd., t. II, n° 425.

(3) Cass. civ. 31 mai 1864. S. 1864. I. 249.

(4) Cass. req., 19 nov. 1884, D. 1885. I. 364.

(5) HUC : *Cession*, t. I, n° 299.

A l'égard de toutes ces personnes, l'endossement rend l'endossataire titulaire de la créance à ordre sans autres formalités, et dès l'instant où il est intervenu, au lieu que dans les créances ordinaires, en cas de cession, le cessionnaire n'est saisi *erga omnes* que par la signification de l'opération au débiteur cédé ou l'acceptation de celui-ci constatée par un acte authentique (1). — Mais à l'égard de chacune d'elles, il produit en outre des effets particuliers, qui obligent à les étudier successivement.

§ I. Effets à l'égard du débiteur

127. — En ce qui concerne le débiteur de l'obligation, l'endossement a conclu le contrat qu'il offrait de conclure avec toute personne désignée par son créancier actuel. Ce sera donc entre les mains de l'endossataire qu'il devra payer lors de l'échéance, qu'il devra s'acquitter des intérêts ou autres fruits produits par la créance, etc., à moins qu'il ne possède une exception régulièrement opposable.

Ici se pose de façon générale le problème que nous avons déjà rencontré et partiellement résolu : la règle

(1) Du moment que l'obligation est à ordre, l'endossement pur et simple suffit pour sa circulation. Paris, 2 avril 1879, D. 1879, II 130, décide que l'endossement d'une créance civile à ordre (dans l'espèce une assurance sur la vie) a effet *erga omnes* même dans le cas où il serait stipulé dans le titre que les significations de l'art. 1690 C. civ. seraient nécessaires pour transmettre à l'égard des tiers ; la jurisprudence ne voit dans pareille clause qu'une précaution du débiteur désireux de se mettre à l'abri de tout recours pour le cas où l'endossement ne serait pas jugé suffisant. En même sens : Paris, 12 fév. 1857, S. 1857, II, 186. — LEFORT : *Assur. vie*, t. II, p. 180. — Contra : DALLOZ : *Suopl.*, V^e Assurances terrestres, n^o 405.

de l'inopposabilité des exceptions doit-elle être étendue aux créances civiles à ordre ?

Nous avons répondu affirmativement à propos de quelques unes des exceptions ; la même solution doit s'étendre à toutes les autres.

S'il s'agissait ici de critique législative, il serait facile de montrer les inconvénients de cette introduction dans le droit civil d'une règle qui ne lui était pas destinée ; il serait préférable sans doute que l'inopposabilité des exceptions se restreignît aux effets de circulation jouant un rôle monétaire et on comprend sans peine les critiques soulevées par son extension à une hypothèse où elle n'est plus aussi bien justifiée par les besoins des affaires (1).

Dans l'état actuel de la jurisprudence, il faut cependant étendre à toute créance civile à ordre, à tout endossement l'inopposabilité des exceptions. Puisque l'on impose à ces titres les mentions prescrites pour les billets à ordre et les lettres de change, la logique veut qu'on leur fasse produire les mêmes effets ; distinguer parmi ces derniers, conserver les uns et repousser les autres, c'est dire que la clause à ordre n'a pas toujours la même nature, que les titres la renfermant ne

(1) Aussi un certain nombre d'auteurs soutiennent que l'endossement civil n'empêche pas toute exception de rester opposable. Cela est affirmé à propos de la lettre de change ou du billet à ordre dégénéré en simple promesse par ALAUZET : t. IV, n° 1342 ; — BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. II, n°s 678-680 ; — DEVILLE, note sous Cass. req., 11 avril 1849, S. 1849, I, 305 ; — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. II, n° 1472 ; — Cass. civ. 14 août 1850, S. 1850, I, 667, — à propos des obligations civiles à ordre par THALLER : *Dr. com.*, n° 1341, et au sujet de l'assurance sur la vie à ordre par DUPUICH : *Traité de l'assur. sur la vie*, n° 152 ; — EMERIGON : *Traité des assur.*, t. II, chap. 18, sect. II ; — PARDESSUS : *Dr. com.*, t. III, n° 797.

suivent pas les mêmes règles, alors qu'ils sont soumis au même régime (1). L'intention des parties apparaît également certaine de se soumettre aux règles de l'ordre, puisqu'ils ont accepté cette clause.

Quant aux dangers courus par le débiteur du fait qu'il ne peut plus opposer les exceptions dont il jouissait auparavant, il ne faut pas l'exagérer, puisque, dans l'hypothèse où l'endossataire est de mauvaise foi, il ne peut se prévaloir de l'inopposabilité (2).

128. — L'inopposabilité des exceptions est donc la règle pour les créances civiles à ordre comme pour les effets de commerce.

Nous avons recherché longuement la raison d'être de ce principe, mais nous avons constaté aussi, dans notre étude des conditions d'existence de la clause à ordre et de l'endossement des créances civiles, qu'il n'a rien d'absolu : maintes exceptions subsistent, opposables à l'endossataire. La formule la plus exacte semble celle-ci : l'endossataire est à l'abri de toutes les exceptions, sauf de celles qui lui sont personnelles, ou résultent de la forme du titre, ou sont fondées sur l'ordre public (3).

(1) Il importe d'observer à ce propos que notre législation fait produire à l'endossement les mêmes effets quel que soit le titre où est insérée notre clause. Or les billets de grosse, les connaissements, les récépissés et warrants n'ont aucun rôle monétaire. On ne peut donc conclure de ce que les créances civiles ne jouent pas ce rôle que leur endossement ne produira pas les effets ordinaires.

(2) Voir plus haut, n° 69 en note, la liste des auteurs qui admettent l'inopposabilité des exceptions dans les créances civiles. — Adde : G. RIGERT : Promesses d'achat au porteur, dans *Ann. dr. com.*, 1904, pp. 47 et sqq., n° 7.

(3) « Le débiteur d'une lettre de change ne peut se servir que des seules exceptions nées du droit du change ou personnelles à l'endossataire qui agit. » *Allgem. deutsche W.-O.*, § 82.

La synthèse des différentes exceptions, classées d'après leur origine, donne le tableau suivant :

1^o *Exceptions nées de l'absence ou du vice de l'une des conditions essentielles de la créance civile à ordre ;*

L'absence totale de consentement de la part du débiteur, soit à la confection du contrat (faux), soit à l'émission du titre déjà écrit (vol) est opposable à tout endossataire. — Quant aux simples vices du consentement, il y a lieu de distinguer entre la violence et l'erreur opposables à tous et le dol, qui ne peut être invoqué contre l'endossataire de bonne foi.

Son incapacité fournit au débiteur un moyen de défense valable même contre l'endossataire de bonne foi, — au lieu que les exceptions nées de la cause du contrat ne le protègent que contre l'endossataire de mauvaise foi.

2^o *Exceptions nées d'un vice de forme du contrat à ordre ou de l'un des endossements ;*

L'exception que révèle le simple examen matériel du titre est évidemment opposable à tout endossataire de bonne ou de mauvaise foi, qu'elle résulte de l'omission de l'une des formalités requises ou d'une clause formelle du titre, par laquelle serait réservé le droit d'opposer telle ou telle exception (1).

3^o *Exceptions nées dans la personne de l'un des endosseurs précédents ;*

Elles sont inopposables à l'endossataire qui réclame

(1) LYON-CAEN : dans *Rev. crit.*, 1892, p. 364 ; — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. VI, n^o 1457. — WAHL : *Tit. au port.*, t. I, n^o 749. — Rapport de M. le conseiller Cotelle sous Cass. rej. 19 déc. 1892. S. 1895. 1. 227 — Cfr. VIDARI : *Corso di diritto commerciale*, t. II, n^o 2049.

le paiement, et cela qu'elles résultent soit d'une qualité particulière à l'un de ces endosseurs (l'un des endosseurs est étranger par exemple ou commerçant) (1), soit d'une convention intervenue entre l'un des endosseurs et le débiteur dans le but de modifier l'obligation et non mentionnée sur le titre (stipulation d'une condition suspensive ou résolutoire, etc.), (2), soit enfin d'une cause d'extinction de la créance réalisée entre le débiteur et le premier endosseur (compensation, paiement, remise de dette, novation, etc.).

4° Exceptions nées dans la personne de l'endossataire qui réclame le paiement.

Pareilles exceptions lui sont évidemment opposables et la clause à ordre reste sans effet à leur égard (3).

129. — On voit l'importance attachée dans la plupart des cas à la bonne foi de l'endossataire ; le plus grand nombre des exceptions lui seront ou ne lui seront pas opposables suivant qu'il aura ou non cette qualité. Exigence traditionnelle dont la loi ne parle pas, mais que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à maintenir (4). Que faut-il donc entendre au juste par bonne

(1) Ainsi un contrat à ordre intervenu entre deux étrangers est endossé à un Français ; celui-ci pourra se prévaloir contre le débiteur de l'art. 14 Cl. civ. et le citer devant les tribunaux français, sans que le débiteur puisse s'y opposer en invoquant qu'il a contracté avec un étranger. Cass. 18 août 1856. S. 1857. I. 586.

(2) Cass. civ. 3 février 1847. D. 1847. I. 68.

(3) Dijon, 6 mai 1887. S. 1888, II, 5.

(4) BOISTEL : N° 757. — LYON-CAEN et RENAULT : *Precis*, t. I, n° 1091 ; — *Traité*, t. IV, n° 131. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 721 et sqq. — Cass. req., 2 déc. 1846. D. 1847. I. 35. — Cass. req., 19 mars 1860. S. 1861. I. 165. — Cass. req., 18 oct. 1886. S. 1886. I. 470. — Cass. civ., 25 juin 1890. D. 1890. I. 469. — Cass. req. 17 juin 1897. D. 1898 I. 487. — Cass. req., 2 avril 1901. D. 1901. I. 263. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1462, trouve injuste cette distinction suivant la bonne ou la mauvaise foi et propose un autre criterium : la personne venue au titre en a-t-elle ou non

foi? La simple connaissance du vice de la créance civile suffit-elle à la faire perdre ou faut-il une véritable fraude?

La connaissance suffit pour quelques auteurs, de ceux surtout qui, voyant dans l'endossement une véritable cession de créances et dans l'opposabilité des exceptions une disposition anormale, cherchent à restreindre le plus possible cette dernière (1).

C'est trop de sévérité, pour certaines exceptions surtout. Supposons en effet qu'un débiteur souscrive une obligation affectée de la clause à ordre (reconnaissance de dette, par exemple) alors qu'il pourrait opposer au créancier soit la compensation, soit son dol; l'endossataire, entre les mains de qui arrive le titre, n'est-il pas fondé à croire, dans le cas où il connaît l'existence de ce vice de la créance, que le débiteur a entendu y renoncer en souscrivant cette obligation? Il devait naturellement le penser en présence d'un acte où le débiteur s'engage sans aucune réserve et il serait injuste de lui faire porter la peine de sa confiance et de sa bonne foi, qui subsiste évidemment à sa connaissance de l'exception. Aussi, la plupart des auteurs exigent, pour qu'il y ait mauvaise foi de l'endossataire, qu'il se soit rendu complice d'une véritable fraude (2).

Le mieux est de laisser à la jurisprudence le large

fourni la valeur à son endosseur? En ce sens, Paris, 23 mars 1892, D 1892. II. 240.

(1) PICHON : *De l'opposab. des except. au port., etc.*, pp. 158-163. — BODIN : dans *Rev. pratique*, t. V, pp. 153 et sqq., réfuté par BRAVARD VÉYRIÈRES et DEMANGEAT : T. III, p. 139, en note. — Le C. civ. all. § 932, 2^e al., déclare expressément, à propos des titres au porteur, que le porteur est de bonne foi tant qu'il ignore le vice, pourvu que cette ignorance ne soit pas causée par une négligence grossière.

(2) LYON-CAËN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 131.

pouvoir d'appréciation (qu'elle se reconnait d'ailleurs en cette matière) (1) ; la bonne ou la mauvaise foi est une question de fait que le juge détermine souverainement et à propos de laquelle un principe théorique satisfaisant est aussi difficile à établir qu'insuffisant dans la pratique. Il est cependant certain que l'endossataire doit être présumé de bonne foi (art. 2268, C. civ.), car la mauvaise foi ne se présume jamais ; c'est au débiteur à la prouver, ce qu'il fera d'ailleurs par tous les moyens possibles, puisqu'il s'agit d'un fait dont il n'a pu évidemment se procurer une preuve régulière (2).

§ II. — Effets à l'égard des créanciers chirographaires.

130. — Les effets de l'endossement à l'égard du souscripteur se résument donc en ceci : le débiteur devient *ipso facto* débiteur immédiat de l'endossataire, — et il ne peut plus opposer à ce dernier la plupart des exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre le premier créancier ou tout autre endosseur.

Il est une autre catégorie de tiers à l'égard desquels l'endossement ne produit pas des effets moins importants : ce sont les créanciers chirographaires des différents titulaires successifs de la créance civile. Ces créanciers, pourvus du droit de saisir-arrêter toute créance existant au profit de leur débiteur, peuvent-ils

(1) Cass. civ. 10 fév. 1880. D. 1880. I. 110. — Cfr. Cass. civ. 25 juin 1890. D. 1890. I. 469. — Cass. 31 juill. 1893. D. 1895. I. 137. — Cass. req., 2 avril 1901. D. 1901. I. 263. — Cass. civ. 19 mars 1902. *Gaz. Pal.*, 10 avril 1902.

(2) Trib. com. Lyon, 19 janvier 1904. *Gaz. jud. et com. de Lyon*, 15 mars 1904.

saisir arrêter les créances à ordre ? peuvent-ils le faire après l'endossement ? le peuvent-ils même avant ?

Après l'endossement, il est certain qu'ils ne le peuvent pas ; la créance est sortie du patrimoine de leur débiteur, et elle en est sortie *erga omnes*, même à leur égard ; ils n'ont plus aucun droit sur elle : le doute n'est pas possible. Mais pouvaient-ils saisir arrêter avant l'endossement ?

Nous nous trouvons en présence de deux solutions opposées, fournies l'une par les principes généraux, l'autre par les règles particulières aux effets de commerce. D'un côté, c'est le droit pour tout créancier de saisir les sommes dues à son débiteur ; de l'autre, c'est l'exception apportée par l'article 149 du Code de commerce au profit des effets de commerce. En vertu de cet article, le créancier du porteur d'un titre semblable ne peut faire opposition au paiement que dans l'un des deux cas de perte du titre ou de faillite du porteur. Cela s'applique-t-il aux créances civiles à ordre ?

La majorité des auteurs l'admet, soit expressément, soit en donnant à l'article 149 un fondement qui oblige à son extension (1). Outre que les termes de cet article sont généraux et formels, dit-on, il est évident qu'il s'agit bien ici d'une règle qui tire son origine de la nature de la clause à ordre. Si la saisie-arrêt est interdite, c'est qu'elle serait en fait impossible par cette raison que le titulaire actuel est inconnu, et, dans le cas où il serait connu, elle serait encore impossible par suite de la

(1) ALAUZET : t. IV, n° 1421. — GARSONNET : *Traité de procédure civile*, t. III, n° 549. — LEFORT : *Assur. Vie*, t. II, pp. 181-183. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1208 ; — *Traité*, t. IV, n° 313. — ROGER *Traité de la saisie-arrêt*, n° 229.

facilité de faire, grâce à l'endossement, passer le titre en d'autres mains ; — d'autre part, la règle opposée ruinerait le crédit du titre à ordre quel qu'il soit, en facilitant les saisies de complaisance.

Raisons fort graves assurément, bien qu'elles nous paraissent insuffisantes à faire adopter cette opinion et à rendre ainsi insaisissable, en l'absence d'un texte légal formel, une partie du patrimoine que les débiteurs peu scrupuleux ne manqueraient pas d'accroître aux dépens de leurs créanciers (1). Ce danger est trop réel ; il suffit pour s'en rendre compte de remarquer combien par exemple se multiplient les assurances sur la vie, assurances qui atteignent parfois des chiffres très élevés et que la clause à ordre insérée dans la police suffirait à rendre insaisissables (2).

L'article 149 du Code de commerce est spécial aux lettres de change, et pour qu'il s'appliquât aux billets à ordre il a fallu que l'article 187 du Code de commerce le leur étendît. Il est inexact de le fonder sur ce que le porteur actuel est inconnu, car, s'il en était ainsi, comment la question se poserait-elle ? Comment un créancier prétendrait-il saisir-arrêter la créance à ordre dont son débiteur est titulaire ? La réalisation pratique de de l'hypothèse montre qu'en fait on peut très bien savoir que telle personne a des créances à ordre entre

(1) Les clauses d'insaisissabilité ou incessibilité doivent être réputées non écrites comme contraires à la libre circulation des biens. Seine, 4 août 1903, J. des Assur., 1904, p. 215. En Allemagne, au contraire, le § 399 C. civ. permet de déclarer incessible une créance quelconque, — ce qui a pour résultat de la rendre insaisissable.

(2) Certains auteurs réclament, il est vrai, l'insaisissabilité de toute assurance sur la vie, même non à ordre. Cf. THALLER : L'assurance sur la vie devrait être insaisissable, dans *Ann. dr. com.*, 1888, pp. 100 et 192.

les mains. Quant à la facilité offerte par la forme du titre au saisi pour le faire disparaître rapidement, de deux choses l'une : ou l'endossement est en fait postérieur à la saisie, bien qu'il soit antidaté, et alors l'article 1167 du Code civil fournit aux saisissants l'arme propre à faire tomber cet acte commis en fraude de leurs droits ; ou l'endossement est antérieur à la saisie, le titulaire s'étant hâté de l'effectuer dès qu'il eut vent de ce qui le menaçait, — et alors les créanciers ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir été moins diligents et moins adroits que leur débiteur.

Il faut d'ailleurs reconnaître que, en fait, la saisie-arrêt est bien difficile, à raison justement des commodités offertes par l'endossement au débiteur pour faire disparaître la créance menacée. Ce n'est pas un motif pour étendre aux créances civiles une règle instituée en faveur des effets de commerce spécialement, et fondée, moins sur les difficultés pratiques de la saisie, que sur la nécessité d'assurer à ces valeurs une réalisation certaine à l'échéance, réalisation qu'entraveraient sans cela à chaque instant des saisies de complaisance (1).

131. — La clause à ordre ne modifie donc pas à ce point de vue la situation des créanciers chirographaires ; elle ne la modifie pas davantage sous les autres rapports (2). Ils peuvent notamment se prévaloir de l'article 1166

(1) Cette opinion que l'art. 149 C. co. doit être restreint aux seuls effets de commerce est soutenue par THALLER : *Dr. com.*, n° 1457. — DEBRAY : *La cl. à ordre*, pp. 276-278. — PICHON : *De l'opposab. des exceptions au port. d'un tit. à ordre*, pp. 382 et sqq. — BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. II, n° 408. — Cfr. nos anciens auteurs sur l'art. 25 de l'ordonnance de 1673, titre V : BORNIER : *Conférences des ordonn. de Louis XIV*, t. II, p. 603. POTHIER : *Du contrat de change*, n° 41, 1° : la saisie-arrêt d'une créance à ordre leur paraît chose toute naturelle.

(2) C'est ainsi que les règles générales s'appliquent au cas de créances de livraison, dont la circulation entraîne transfert, soit de la propriété,

du Code civil pour exercer les droits et actions de leur débiteur.

Observons cependant à ce propos que, pas plus que leur débiteur, il ne pourraient exercer le retrait litigieux des articles 1698 et suivants du code civil ; cela ne peut faire de doute pour le billet à ordre et les effets de commerce, car le retrait litigieux est une institution purement civile ; la même solution doit être étendue à toute créance civile à ordre, car le retrait n'est possible que s'il y a eu cession de créance et l'endossement n'est pas une cession (1).

Il est encore une catégorie de tiers que l'endossement peut venir inquiéter : ce sont les cessionnaires suivant l'article 1690 du Code civil d'une créance civile à ordre. Qui l'emportera, en cas de conflit, du cessionnaire ou de l'endossataire ? Evidemment le premier en date, car, si l'endossement est antérieur, le cédant ne pouvait plus rien céder, n'étant plus créancier, et, si la cession est antérieure, le cédant ne pouvait plus endosser, s'étant dépouillé de tous droits sur la créance.

132. — Que décider enfin en ce qui concerne l'enregistrement, véritable tiers lui aussi et qu'intéressent au premier chef la nature et la validité de l'endossement des créances civiles à ordre, puisque, suivant la solu-

soit de la possession d'un corps certain. L'ordre n'agit que sur la créance ; propriété et possession sont transférées de la manière qui leur est propre. Soit, par exemple, un conflit entre l'endossataire d'un récépissé d'un magasin général et un créancier de l'endosseur qui, postérieurement à l'endossement, a saisi-arrêté entre les mains du magasin général. L'endossataire l'emporte sur le saisissant parce que son droit est antérieur. Cass. civ. 3 juin 1891. D. 1892. I. 279. — DEBRAY : *La cl. à ordre*, pp. 278-281.

(1) *Contra* Paris, 22 nov. 1899. D. 1903. II. 47. Cet arrêt qualifie d'ailleurs l'endossement de « transport-cession ».

tion adoptée à cet égard, il percevra tel ou tel autre droit ?

L'article 70, paragraphe 3, n° 15 de la loi du 22 frimaire an VII, déclare exempts de tous droits d'enregistrement : « les lettres de change tirées de place en place, celles venant de l'étranger ou des colonies françaises ; les endossements et acquits de ces effets et les endossement et acquits des billets à ordre et autres effets négociables ». — L'article 50 de la loi du 28 avril 1816 établit bien un droit de 0,25 pour cent, mais seulement sur les lettres de change protestées. L'endossement reste donc exempt de droits.

Cette exemption s'étend-elle aux endossements de créances civiles à ordre (1) ? Cela semble évident, puisque la loi ne distingue pas entre les endossements, et un jugement du tribunal civil d'Angers l'avait admis tout d'abord (2). Mais son interprétation fut rejetée par la cour de cassation ; pour celle-ci, l'article 70, paragraphe 3, n° 15, loi du 22 frimaire an VII, est une faveur accordée aux seuls effets de commerce et l'endossement des créances civiles doit être assimilé de façon absolue à une cession. Pareil endossement est soumis

(1) Nous avons vu que l'endossement pouvait être notarié, mais qu'il devait toujours alors être fait en brevet. Or, l'art. 20, loi 22 frimaire an VII, exige que soient enregistrés tous actes passés par devant notaire. L'endossement notarié devra donc être enregistré et sera passible du droit fixe (trois francs), comme acte innommé, c'est-à-dire non prévu par les tarifs. Cass. civ. 10 févr. 1834. S. 1834. I. 87. — Cass. civ. 28 janvier 1855 et 29 juin 1835. S. 1835. I. 527. — Cass. civ. 13 juill. 1847. S. 1847. I. 717. — Cfr. décis. ministérielle du 22 nov. 1810 (S. *Lois annotées*, t. I, p. 488, note 6) : l'exemption des droits d'enregistrement accordée aux lettres de change ne doit pas être étendue aux actes de cette espèce passés devant notaire.

(2) Trib. civ. Angers, 21 thermidor an IX, sous Cass. 5 pluviôse an XI. S. C. N., t. I (1791-an XII), I. 745. — MERLIN : *Quest. de Droit*, V° Enregistrement (droits d'), § 10.

au droit prévu par l'article 69, paragraphe 3, n° 3, loi du 22 frimaire an VII, qui est de 1 pour cent. L'enregistrement ne devient d'ailleurs indispensable que dans le cas où mention est faite de l'endossement dans un acte notarié (1).

(1) Cfr. GARNIER : *Répert. de l'enregistrem.* V° Effets négociables et non négociables, n°s 147-149. Le papier à employer pour une créance civile à ordre est le papier timbré ordinaire de dimension et non celui frappé du timbre proportionnel. Sol. admin. de l'enregistrem. du 19 août 1895. D. 1896. V. 565.

CHAPITRE IV

DE LA TRANSMISSION PAR L'ENDOSSEMENT DES SURETÉS RÉELLES ATTACHÉES A LA CRÉANCE CIVILE A ORDRE

133. — Les effets ordinaires de l'endossement étudiés, il nous reste à examiner l'hypothèse particulière où la créance à ordre est garantie par une sûreté réelle.

Mais une question se pose qu'il nous faut résoudre au préalable : l'hypothèque (1) peut-elle être créée dans un titre à ordre indépendamment de toute créance, comme droit réel isolé, et circuler sous cette forme ?

Quelques législations étrangères, la législation allemande en particulier, l'ont admis (2). Le Code civil allemand, à côté de la *Sicherungshypothek* attachée à une créance et circulant avec elle (§§ 184 et sqq.), ré-

(1) Tout ce qui sera dit de l'hypothèque doit s'appliquer aux privilèges immobiliers ; ceux-ci ne sont que des sortes d'hypothèques privilégiées, soumises aux règles de l'hypothèque ordinaire et jouissant d'un simple classement de faveur. PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2887.

(2) Voir sur l'hypothèque à ordre ou au porteur : CHALLAMEL : De la cession des créances hypothécaires en droit français. *Thèse*, Paris, 1878, pp. 140-206 ; — et dans *Bullet. de légist. comparée*, 1878, pp. 482 et sqq. — MAX LOESENER : *Die Grundzüge der Kredithypothek nach preussischem, österreichischem und französischem Rechte*. Halle-a-S., 1894. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2696 et 2697. — WAHL : *Tit. au port.*, t. I, pp. 369 et sqq. — Sur la circulation de l'hypothèque telle que l'établit le Code civil allemand, cfr. JACOBI : *Die Wertpapiere*, § 53-61 : *Der Hypothekenbrief*, pp. 319-346.

glements l'hypothèque ordinaire (§§ 1116 et sqq.), qui donne régulièrement lieu à la délivrance d'une cédula hypothécaire (*Hypothekenbrief*), détachée du livre foncier (*Grundbuch*), et peut exister sans créance ; le propriétaire peut ainsi avoir hypothèque sur son propre immeuble (hypothèque du propriétaire) (1).

Notre législation ne connaît rien de comparable à ces institutions. Nous avons vu que les droits réels ne peuvent chez nous être incorporés, titularisés dans un papier avec lequel ils circuleraient ; la même conclusion s'impose pour l'hypothèque, mais pour des raisons différentes (2). L'hypothèque est essentiellement un droit accessoire et ne peut exister indépendamment d'une créance, dont elle suit le sort (3) ; de même

(1) Le Code civil allemand (§ 1191-1198) connaît encore la dette ou rente foncière (*Grundschuld*), droit réel d'où toute idée de créance a disparu et qui, constatée dans un titre particulier (*Grundschuldbrief*), peut circuler même de la main à la main si le titre est au porteur (§ 1195). — Brême possédait autrefois un droit spécial, les *Handfesten*, sorte de nantissement par les immeubles : le droit était constaté par titres délivrés au propriétaire et mis par lui en circulation suivant ses besoins (*Erbe-und Handfesten-Ordnung*, du 3 juillet 1860) ; les *Handfesten* semblent abolies par les § 192-195 de l'*Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch*.

(2) La circulation des autres droits réels par simple endossement d'un titre à ordre où ils seraient incorporés est impossible à raison des conditions spéciales de publicité exigées par la loi dans l'intérêt des tiers pour que leur soit opposable le transfert du droit réel. Pour l'hypothèque au contraire, cette raison disparaît : la loi française, qui organise un régime de publicité pour la naissance de l'hypothèque (inscription), laisse occulte sa transmission (art. 1692 et 2112 C. civ.) ; l'inscription exigée pour la création ne l'est pas pour la cession. TROPLONG : *Privil. et hyp.*, t. II, n° 609. Donc l'hypothèque, en tant que simple droit réel, pourrait fort bien être incorporée dans un titre à ordre et circuler par endossement.

(3) Cabantous, note dans S. 1888. I. 202, a donc tort de s'appuyer sur le caractère immobilier de l'hypothèque pour la déclarer réfractaire à l'endossement ; c'est au caractère du principal et non de l'accessoire qu'il faut s'attacher, et si la créance circule par ce moyen, la sûreté devra la suivre.

qu'elle s'éteint avec elle, elle ne peut vivre sans elle. Cela sans doute n'empêche pas qu'on puisse la détacher de la créance qu'elle garantit, mais il faut que ce soit pour la rattacher à une autre ; encore reste-t-elle liée à la première, en ce sens qu'elle ne peut être exercée par le nouveau titulaire que dans les limites et sous les conditions de cette première créance (1). La nature même de l'hypothèque s'oppose absolument à toute existence propre, indépendante. On ne saurait donc l'incorporer dans un titre et la transmettre isolément ; ce serait en réalité créer un droit réel nouveau, et l'on sait que les droits réels sont strictement limités par la loi.

134. — La loi du 9 messidor an III avait admis ce système qui consiste à prendre hypothèque sur soi-même, pour la transmettre ensuite, soit isolément, soit rattachée à une créance ; l'hypothèque était établie au moyen d'une cédule délivrée par le conservateur des hypothèques ; le propriétaire mettait ensuite ces cédules, qui étaient à ordre, en circulation par endossement et en touchait la valeur.

Cette loi ne fut jamais sérieusement appliquée et l'innovation qu'elle consacrait disparut de notre législation. Faut-il le regretter ? Sans doute les avantages ne manquaient point : circulation plus intense des droits immobiliers, facilités plus grandes pour le cultivateur qui a besoin d'argent, etc... Mais les inconvénients sont graves : cette création de l'hypothèque avant toute obligation, cette mise en portefeuille de la terre, favo-

(1) BEUDANT : De la subrogation aux droits d'hypoth. et des sous-ordres, dans *Rev. crit.*, 1866, t. XXVIII, pp. 222 et sqq. — D. *Rép.*, V^o Privil. et hyp., n^o 999.

risent la ruine du propriétaire. Il a sous la main la possibilité immédiate de trouver de l'argent, sans attendre d'en avoir un besoin réel ; la tentation est grande, et il est aussi difficile d'y résister que dangereux d'y succomber. La loi ne répond plus seulement au besoin d'argent, mais le sollicite et le fait naître par la commodité de s'en procurer (1). Pareil crédit vient non pas accroître la puissance de production du domaine rural, mais en faciliter la dissipation.

La sous-commission juridique de la commission du cadastre a reconnu la valeur de cet argument (2). Sans doute, elle a admis la création d'obligations hypothécaires à ordre. Mais, à la différence des cédulas de messidor an III, ces obligations doivent produire intérêt : leur rôle économique n'est point celui du papier monnaie ; — et surtout l'évaluation de la propriété ne sera plus faite officiellement par le conservateur des hypothèques, comme le voulait la loi de messidor, mais par le créancier lui-même : c'est dire que le principe de l'hypothèque sur soi-même est repoussée et que l'obligation hypothécaire n'est que la représentation d'un prêt préalablement effectué (3).

135. — Des réformes législatives aussi considérables sont toujours lentes à accomplir et la pratique a bien

(1) TROPLONG : *Vente*, t. II, n° 906, pp. 404 et sqq. — Pour CHALLAMEL : *De la cession des créances hypothécaires*, § 16, p. 54, c'est avoir peur de l'ombre d'un mal ; si l'on veut empêcher un prodigue de se ruiner, on n'a qu'à le faire interdire ou lui faire donner un conseil judiciaire. Mais est-ce bien une raison pour que la loi favorise la dissipation ?

(2) Commission extraparlamentaire du cadastre. *Procès-verbaux*, t. V, 1894, pp. 492 et sqq.

(3) L'endossement des obligations hypothécaires à ordre entraînera, comme celui des cédulas, non pas garantie solidaire de la solvabilité, mais simple garantie ordinaire conformément à C. 1690 et sqq.

fait de ne point en attendre la réalisation pour chercher à atteindre le même but par les moyens que laisse possibles notre législation actuelle.

Le procédé auquel elle s'est définitivement arrêtée est simplement l'insertion dans la créance notariée hypothécaire de la clause à ordre. — Est-il légitime ? Oui, si rien dans la loi d'une part, rien dans la nature et les conditions d'existence du titre à ordre et de l'hypothèque d'autre part, ne vient l'interdire.

En ce qui regarde la loi, la réponse est nette et facile ; la lecture la plus attentive du Code civil et du Code de commerce ne fait pas découvrir le moindre texte prohibant cette union de l'hypothèque à une créance à ordre (1).

Mais sur le deuxième point, les réponses n'ont plus la même unanimité, les objections abondent, et pour certains auteurs une créance garantie par une hypothèque ne peut être affectée de la clause à ordre, car les règles de l'hypothèque et celles de l'ordre sont incompatibles. Nous allons examiner ce qu'il y a de fondé dans leur opinion en passant en revue nos règles hypothécaires.

136. — La constitution de l'hypothèque exige du constituant une double qualité : il doit être propriétaire (art. 2129 C. civ.) et capable d'aliéner (art. 2124 C. civ.) ; de plus l'hypothèque doit être spéciale à la fois, quant aux immeubles hypothéqués (art. 2129 C. civ.), et quant à la créance garantie (art. 2132 C. civ.) ; enfin, le contrat hypothécaire doit être passé par devant notaire (2).

(1) D. *Rép.*, V^o Privil. et hyp., n^o 1267.

(2) Par argument de l'art. 2148 C. civ., on admet en doctrine que l'acte

Il n'y a rien là de contraire à la clause à ordre ; ce sont des conditions nouvelles qui viennent s'ajouter à celles que nous avons vues précédemment, de même qu'elles s'ajoutent aux conditions générales requises dans le cas où la créance à garantir est une créance ordinaire. La clause à ordre ne répugne pas à la forme authentique : débiteur et créancier iront devant un notaire qui constatera l'obligation avec ses caractères spéciaux d'être à ordre et hypothécaire (1). — La présence du créancier à la confection de l'acte n'est d'ailleurs pas indispensable ; il suffit qu'il accepte et il n'est pas besoin que son acceptation soit notariée ; une acceptation sous-seing privé, tacite même (réquisition d'inscription, production à l'ordre, etc.), est suffisante (2).

Tout cela ne souffre pas difficulté et l'on ne rencontre pas ici les obstacles produits dans le cas d'émission en masse de titres au porteur hypothécaires par l'indétermination des créanciers, obstacles que l'on a d'ailleurs réussi à tourner en faisant représenter les créanciers soit par une société civile comprenant l'ensemble des obligataires, soit par le conseil d'administration ou la

peut être rédigé en brevet ; pratiquement le notaire le rédige toujours en minute. — AUBRY et RAU, t. III, 5^e édit., § 266, texte et note 46, p. 461. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, t. II, n° 1411. — LYON-CAEN et RENAUULT, SCUS Alger, 7 mai 1870, S. 1871. II, 105. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2762. — ROLLAND DE VILLARGUES : *Répert. du notariat*, V^e brevet (acte en), n° 12. — ZACHARIAE, t. V, § 800, p. 178, note 2. — Contra : DURANTON, t. XIX, n° 357 et t. XX, n° 98.

(1) DEFRENOIS : *Traité pratique et formulaire général du notariat* (1893, 6^e éd.), t. IV, p. 149, n° 5700. Page 147, formule 773, il donne le modèle d'une obligation au porteur hypothécaire qui convient parfaitement *mutatis mutandis* aux obligations à ordre.

(2) AUBRY et RAU, t. III, 5^e éd., § 266, p. 465 texte et note 51. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, t. II, n° 1416. — Chambéry, 20 janv. 1872, S. 1872, II, 125.

gérance d'une autre société. Lorsqu'il s'agit de titres à ordre, le créancier primitif est parfaitement connu du débiteur, qui indiquera tout simplement le nom au notaire.

Une fois créée, l'hypothèque, pour être opposable aux tiers, doit être inscrite (art. 2134 C. civ.). Le créancier n'aura qu'à se conformer aux articles 2146 et suivants du Code civil qui règlent le mode d'inscription des privilèges et hypothèques, à présenter par conséquent au conservateur, en même temps que le titre de créance, les bordereaux d'inscription, contenant les mentions exigées par l'article 2148 du Code civil. Le fait que l'obligation est à ordre n'empêche ni ne dispense le créancier de le faire. — Remarquons ici encore que l'indication du créancier se fera sans peine, puisque c'est lui-même qui requiert l'inscription (1).

137. — La créance à ordre va maintenant circuler. Que deviendra l'hypothèque ?

Par suite de son caractère accessoire, ou bien elle circulera avec le droit principal, ou bien elle s'éteindra, puisqu'elle ne saurait vivre isolément. Mais pourquoi l'endossement ne transmettrait-il pas l'hypothèque ?

Massé soutient qu'un pareil effet serait contraire au but naturel de l'endossement (2) ; créé en vue de la circulation de la lettre de change et du billet à ordre et, plus généralement, des effets de commerce, son action se limite aux droits qui découlent naturellement de ces titres ; c'est méconnaître sa nature que l'étendre à des

(1) DEFRENOIS : *Traité pratique et formulaire général du notariat*, t. IV, p. 164, formule n° 784, donne la formule d'un bordereau d'inscription requise en vertu d'une obligation au porteur.

(2) MASSÉ : *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civ.*, t. IV, n° 2996.

droits stipulés en dehors ou à côté et qui ne font pas partie nécessaire et essentielle de l'obligation principale. On ajoute (1) que ce serait aller contre l'esprit du Code de commerce et contre ses intentions qu'ajouter des sûretés réelles à une créance déjà protégée par la garantie de la solvabilité et par la solidarité des endosseurs.

Ces arguments tirés du silence du Code de commerce ne peuvent rien prouver, ou plutôt ce silence ne prouve-t-il pas le contraire de ce que l'on en voudrait conclure ? Dès lors que la loi se tait, c'est qu'elle s'en réfère au droit commun, à la règle que l'accessoire suit le principal ; elle n'avait à parler que si elle voulait faire une exception (2).

L'article 2152 du Code civil fournit un argument plus sérieux à ceux qui ne veulent pas que l'hypothèque puisse circuler par endossement. Aux termes de cet article, celui-là seul qui est cessionnaire par acte authentique de la créance hypothécaire peut obtenir du conservateur le transfert à son nom de l'hypothèque déjà inscrite. Autrement dit, la cession de l'hypothèque déjà inscrite ne peut se faire que par acte authentique, et, par conséquent, l'endossement pur et simple est impuissant à transmettre l'hypothèque (3).

Pour que cette conclusion tirée de l'article 2152 du Code civil fût exacte, il faudrait que le code imposât au cessionnaire l'obligation de modifier le domicile élu dans l'inscription, et c'est ce qu'il ne fait point ; les

(1) BUCQUOY, Endossement, cessation de l'hyp., dans *Revue crit.*, 1864, t. XXV, pp. 52-64.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 129.

(3) DANIEL DE FOLLEVILLE : *Traité de la possession des meubles et des tit. au port.*, 1875, n° 162.

termes mêmes de l'article prouvent le contraire : « Il est loisible... » Il n'est donc pas obligatoire. Le cessionnaire est libre. Il peut, s'il le veut, faire modifier l'inscription, mais il faut alors que sa cession soit constatée par acte authentique ; il peut aussi bien laisser subsister l'inscription telle qu'elle est, et, la cession sous seing privé lui confère parfaitement l'hypothèque en même temps que la créance. La formule exacte est donc, non pas que le transfert de l'hypothèque n'est possible que par acte authentique, mais que l'acte authentique est nécessaire pour modifier l'inscription. L'endossement étant sous seing privé fera donc bien acquérir l'hypothèque à l'endossataire, mais ne lui permettra pas de faire modifier l'inscription (1). — Encore pourrait-il atteindre ce résultat s'il était nécessaire ; il lui suffirait de se présenter devant un notaire auquel il déclarerait que transmission lui a été faite par endossement de tous droits, actions, droits hypothécaires et inscriptions résultant du titre à ordre par lui représenté. Le notaire, sur sa réquisition, ne pourrait que dresser acte de ses dires, avec mention sur le titre, et lui en délivrer expédition, que l'endossataire déposerait au bureau des hypothèques. Il semble difficile que le conservateur ait le droit de refuser d'inscrire la modification ainsi constatée et réclamée (2).

138. — Les causes d'extinction communes à l'hypo-

(1) La transmission de l'hypothèque reste occulte sous l'empire du Code civil ; peu importe qu'elle résulte d'une cession ou d'un endossement : le régime hypothécaire n'en est pas affecté, puisqu'il ne s'en occupe pas. — D. Rép. V° Privil. et hyp., n° 1497.

(2) Cfr. MÉLIN : Des oblig. notariées à ordre ou au porteur avec affectation hypothécaire, dans *Rev. du notariat et de l'enregistrement*, 1865, t. VI, p. 176.

thèque et aux autres droits ne soulèvent pas de difficultés particulières. C'est ainsi que l'hypothèque disparaît naturellement lorsque s'éteint l'obligation principale (art. 2180, 1^o, C. civ.) ou lorsque l'endossataire y renonce volontairement (art. 2180, 2^o, C. civ.) (1). La clause à ordre, dans ce dernier cas, aura pour seul résultat que mention de la renonciation devra être faite sur le titre, afin d'éviter toute erreur ou fraude au préjudice du débiteur ou des endossataires subséquents. Quant à la prescription de l'hypothèque (art. 2180, 4^o, C. civ.), elle s'accomplira régulièrement, sauf à l'endossataire à l'interrompre en faisant renouveler l'inscription en temps utile.

Mais en ce qui concerne la purge, ce mode d'extinction particulier de l'hypothèque, il n'en va pas de même, et c'est à ce propos que se sont manifestées les plus nombreuses et les plus sérieuses objections relatives à la transmission de l'hypothèque par endossement.

139. — Une première difficulté résulte de l'article 146 du Code de com. Cet article déclare que « le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir paiement avant l'échéance ». Comment concilier cette règle avec le principe même de la purge dont l'utilité vient justement de ce qu'elle permet au tiers détenteur de dégrever immédiatement son immeuble de tous privilèges ou hypothèques en offrant aux créanciers son prix d'acquisition ? — Il faudrait, pour que l'objection soit fondée, établir tout d'abord que l'article 146 du Code de com. pose une règle générale, applicable non seulement aux effets de commerce mais à toute créance

(1) D. Suppl. V^o Privil. et hyp., n^o 1616.

à ordre. Or cette disposition est toute spéciale et n'a de raison d'être qu'en matière de change, où le créancier a pu se procurer intentionnellement un effet sur telle ville et à telle échéance afin de pouvoir alors régler sa dette plus commodément qu'en espèces (1). Admettons cependant l'extension de l'article 146 du Code de com. ; cet article n'est qu'une application particulière de l'article 1187 du Code civil ; or, la purge apporte précisément une exception à cet article, en autorisant le paiement anticipé du créancier contre son gré et même à son préjudice (2). C'est à la règle générale, donc à l'article 146 du Code de com. à s'effacer devant les dispositions exceptionnelles de la purge (3). Donc le tiers détenteur sera libéré par le paiement fait en suite des notifications au titulaire de la créance à ordre,

Si ce titulaire est connu, l'opération est aisée. Mais le plus souvent l'endossataire est inconnu du tiers détenteur ; comment faire alors ? La purge est impossible, disent les uns (4). Le tiers acquéreur ne peut plus notifier son contrat à chaque créancier, lui offrir le prix d'acquisition et le mettre en demeure de prendre parti ; il ne peut plus intenter les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu (art. 2156 et 2159), faute de savoir contre qui lancer l'exploit d'assignation (5).

(1) Aussi THALLER : *Dr. com.*, n° 1504, dit que cette règle ne mérite d'être approuvée que si l'effet est payable sur une autre place.

(2) PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n°s 3278 et 3313.

(3) TROPLONG : *De la vente*, t. II, n° 906, p. 412.

(4) BUCQUOY : Endossement, cessation de l'hypothèque, dans *Rev. crit.*, 1864, t. XXV, p. 59. — CABANTOUS, note sous Cass. req., 21 fév. 1838, S. 1838, I, 209. — D. Rép., V° Effets de co., n° 373.

(5) Même obstacle dans l'hypothèse d'une saisie-immobilière : à qui adresser la sommation de produire que le saisissant doit faire à tout créancier inscrit aux termes de l'art. 692 C. pr. civ. ?

Remarquons d'abord que si ces arguments prouvent, ils prouvent trop : les mêmes difficultés se rencontrent lorsqu'il s'agit d'une cession conforme à l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire étant d'ordinaire inconnu, faute d'avoir fait opérer la mutation de l'inscription. Aussi la réponse est la même pour les deux cas : l'objection n'existe qu'en apparence, car l'acquéreur n'est tenu de notifier qu'aux créanciers désignés et aux domiciles élus dans les inscriptions, tels que les lui fait connaître l'état sur transcription qu'il a dû se faire délivrer ; il n'a de rapports qu'avec les créanciers désignés sur cet état et se libère pleinement par la purge régulièrement faite dans ces conditions. L'endossataire, comme le cessionnaire, qui n'ont pas fait modifier le domicile inscrit, se sont résignés à n'avoir pas d'autres notifications que celles faites à ce domicile (1). — Quant au paiement, si le porteur du titre s'est présenté dans les quarante jours de la notification, le tiers acquéreur l'effectuera entre ses mains ; sinon, il fera, conformément à la règle commune (art. 777, C. Proc. civ.), sommation à son vendeur de lui rapporter dans la quinzaine main-levée des hypothèques, faute de quoi il consignera la somme, et, la consignation faite, il requerra dans les trois jours, l'ouverture d'un ordre.

140. — De toutes les difficultés soulevées, aucune, on le voit, n'est sérieuse. La clause à ordre se concilie fort bien avec l'hypothèque et n'entrave en rien le jeu normal des règles hypothécaires. Aussi, la doctrine (2)

(1) MARCADÉ : t. VI, sur l'art. 1692, III.

(2) ALAUZET : t. IV, n° 1349. — AUBRY et RAU : 5^e éd., t. III, § 288, p. 748. — BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. I, n° 317. — BEUDANT : note (*in fine*) sous Cass. civ., 8 mai 1878. D. 1878. I. 241. — BOISTEL : n° 752. — BRAVARD-VÉYRIÈRES et DEMANGEAT : t. III, p. 143 et note 1. — CHALLAMEL : *De la*

et la jurisprudence (1) n'ont plus aucune hésitation à reconnaître que l'endossement fait passer sur la tête du nouveau titulaire de la créance à ordre l'hypothèque ou le privilège (2).

Comment d'ailleurs ne pas valider la créance à ordre avec hypothèque et n'en pas légitimer les conséquences, lorsqu'on accorde que l'hypothèque peut garantir les titres au porteur, fussent-ils émis en masse? La validité de cette dernière combinaison, reconnue aujourd'hui (3), fournit un excellent argument *a fortiori*, étant donné que la constitution, l'inscription et la purge de l'hypothèque soulèvent, par suite de l'indétermination des créanciers, des difficultés bien plus graves et délicates

cession des créances hypoth., § 24, p. 89. — D. Rép., V° Privil. et. hyp' n° 1267. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1089 ; — *Traité*, t. IV, n° 129 ; t. VI, n° 1632. — MARCADÉ : t. VI, sur l'art. 1692, III. — MÉLIN, dans *Rev. du notariat et de l'enregistrem.*, 1865, t. VI, pp. 92 et sqq. — MERLIN : *Questions de droit*, V° Hypothèques, § 18. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n°s 715 et 716. — ROLLAND DE VILLARGUES : *Répert.*, V° Endossement, n° 32. — TROPLONG : *Vente*, t. II, n° 906. — WAHL : *Tit. au port.*, t. II, n° 972, pp. 35 et 36. — Quant à BERTAULD : *De la subrog. à l'hyp. légale des femmes mariées*, n° 181, il a le tort de fonder le transfert de l'hypothèque par l'endossement sur les règles relatives à la provision, ce qui restreint son opinion aux seules lettres de change.

(1) Cass. req., 15 mars 1825. S. 1826. I. 61. — Lyon, 4 juin 1830 et Cass. rej., 18 nov. 1833, dans D. Rép., V° Privil. et hyp., n° 1267. — Cass. req. 10 août 1831. S. 1831. I. 371. — Cass. req. 21 févr. 1838. S. 1838. I. 208. — Cass. req. 11 juill. 1839. S. 1839. I. 939. — Paris, 6 juin 1850. D. 1851. II. 181. — Colmar, 30 déc. 1850. D. 1854. II. 145. — Metz, 26 janv. 1854. D. 1854. II. 259. — Rouen, 9 mai 1854. D. 1854. II. 247. — Cass. civ. 20 juin 1854. S. 1854. I. 593. — Dijon, 5 août 1858. S. 1859. II. 50. — Alger, 7 mai 1870. D. 1871, II. 1. — Cass. civ. 29 juin 1881. D. 1882. I. 106. — Toulouse, 18 mars 1885. D. 1886. II. 204. — Douai, 11 nov. 1901. D. 1903. II. 158.

(2) Les arrêts contraires sont anciens et peu nombreux. Lyon, 22 mars 1830. S. 1831. II. 238, et surtout Grenoble, 7 févr. 1835. S. 1835. II. 340.

(3) THALLER : *Traité de la faillite en droit comparé*, 1887, t. II, n° 220. WAHL : *Tit. au port.*, t. I, n°s 548 et sqq. — Douai, 13 mai 1880. D. 1882. II. 243. — Trib. Lyon, 6 mai 1886, dans *Rev. des sociétés*, 1886, p. 594.

à résoudre pour le titre au porteur que pour le titre à ordre (1).

Enfin, l'article 12 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, ainsi conçu : « Si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie d'endossement entraîne la translation du droit hypothécaire », montre bien qu'il n'est aucune incompatibilité sérieuse entre ces deux institutions : clause à ordre et hypothèque.

141. — Quant aux règles hypothécaires que nous avons passées sous silence, leur application ne rencontre du fait de la clause à ordre ni modification ni empêchement. C'est ainsi que les endossataires de plusieurs créances à ordre garanties par une hypothèque sur un même immeuble seront classés dans l'ordre ouvert selon la date de leurs inscriptions (art. 2134 et 2147 C. civ.). — Les règles de la clause à ordre s'appliqueront également. Ainsi un débiteur a garanti par hypothèque sur un immeuble une créance à ordre, puis, toujours par hypothèque sur le même immeuble, une créance ordinaire ; le cessionnaire de celle-ci ne pourra demander la nullité de la première en se basant sur un vice de cause, car il serait repoussé en vertu du principe de l'inopposabilité des exceptions (2).

(1) Le Code civil allemand, § 1187, reconnaît expressément la validité de l'hypothèque garantissant un titre à ordre et fait remarquer qu'en pareil cas l'on a une *Sicherungshypothek* ; celle-ci passe par l'endossement au nouveau titulaire. COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts*, t. II, § 231, c, p. 228. — L'hypothèque garantissant un titre au porteur est étudiée par KUNTZE : *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, § 130 et 131, pp. 586-601.

(2) Cfr. DEBRAY : *La cl. à ordre*, pp. 282 et sqq. — De même, le paiement fait à un endosseur précédent ou au créancier primitif ne pourrait

Le fait qu'il s'agit d'une créance hypothécaire à ordre impose cependant quelques précautions. Le notaire ne devra recevoir aucun acte consentant subrogation ou main-levée que de la personne désignée par l'endossement et en possession de la grosse de l'obligation ou de l'original en brevet ; mention de l'acte ainsi dressé devra être faite sur le titre à ordre et le notaire indiquera dans l'acte qu'il passe que mention a été faite sur le titre. Par ce moyen, celui qui obtient subrogation ou main-levée sera suffisamment protégé, alors même qu'il ne ferait pas modifier ou radier l'inscription. — Pour le conservateur, dans le cas où main-levée d'une hypothèque est requise, il devra exiger que le requérant soit porteur du titre à ordre ; il conservera pour sa garantie l'acte de main-levée et fera même bien de conserver le titre lui-même, surtout si mention n'y a pas été faite de l'acte de main-levée (1).

142. — A côté du système de créance à ordre constatée par un acte authentique contenant constitution d'hypothèque, que nous venons d'étudier, on rencontre pratiquement d'autres combinaisons.

Ainsi, la créance à ordre peut-être constatée dans un titre qui ne fait que mentionner l'hypothèque, celle-ci étant établie par acte distinct (2).

Très souvent aussi la créance garantie par une hypothèque est représentée par des lettres de change ou des

être opposé à l'endossataire. AUBRY et RAU : 5^e éd., t. III, § 288, p. 749, texte et note 17.

(1) WAHL : *Tit. au port.*, t. I, p. 366, note 3.

(2) Il se peut même, dans ce cas, que le titre à ordre ne fasse pas mention des garanties ou privilèges attachés à la créance ; l'endossataire n'en aura pas moins le droit de s'en prévaloir. Trib. com. Seine, 8 oct. 1895, *Gaz. du Pal.*, 1895, II, 525.

billets à ordre (1). — Ce dernier moyen, d'ailleurs commode, n'est pas sans danger ; la grosse du contrat hypothécaire ou son original en brevet est alors remis au créancier, afin que le débiteur ne puisse pas, sur la même hypothèque, garantir et émettre un nombre indéfini de billets ; le créancier indélicat peut très bien, lorsqu'il a endossé le ou les billets à ordre, garder par devers lui le contrat hypothécaire que l'on ne songera guère à lui réclamer et en profiter ensuite pour consentir, aux termes du droit commun, cession de cette obligation hypothécaire. — Pour prévenir cette fraude, il suffirait de mentionner dans le titre constitutif d'hypothèque que des billets à ordre seront ou ont été émis en représentation de la créance garantie ; précaution difficile à prendre pratiquement, car l'on ignore souvent, lors de la constitution de l'hypothèque, qu'on recourra à ce procédé (2).

(1) Beaucoup d'arrêts et d'autorités déjà cités plus haut se rapportent à cette hypothèse.

(2) Il se peut également, toujours dans l'hypothèse où le contrat hypothécaire n'indique pas qu'il sera émis des billets à ordre et où le créancier est resté en possession de la grosse de ce contrat, que le créancier en profite pour produire dans l'ordre ouvert sur l'immeuble et se faire délivrer un bordereau de collocation après avoir endossé les billets à des tiers qui lui en ont versé le montant, de sorte qu'il se fait payer deux fois. Ou bien le créancier, par suite d'une collusion avec le débiteur autorise la main-lévé de l'hypothèque. Mais en ce cas il y a lieu de distinguer ; si aucune inscription nouvelle n'est prise avant le jour où l'endossataire exerce les poursuites et fait transcrire la saisie-immobilière, celui-ci pourra se prévaloir de la nullité de la radiation et faire valoir ses droits ; si au contraire, entre la radiation et la saisie, des tiers de bonne foi ont pris inscription, se fiant à la validité de la radiation, l'endossataire devra laisser passer avant lui ces nouveaux créanciers et sera colloqué à leur suite. Cfr. AUBRY et RAU, 5^e éd., t. III, § 281, p. 646, note 41. — D. Suppl. V^e Privil. et hyp., n^o 1657. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n^{os} 3069-3072. — Douai, 27 fév. 1878. S. 1878, II, 299. — Cass. civ., 26 juin 1895. S. 1896, I, 481. — Cass. civ., 31 déc. 1895, S. 1898, I, 211.

143. — Le plus sûr est encore d'insérer la clause à ordre dans le contrat d'hypothèque lui-même, ainsi que l'a imaginé et que le fait de plus en plus la pratique notariale. C'est la plus simple et la meilleure solution du problème de la mobilisation du sol, et cette solution est destinée sans doute à prendre peu à peu toute l'extension désirable. Les dangers, résultant avec le système des cédules hypothécaires de ce que l'hypothèque naît avant la créance et conduit ainsi à contracter des emprunts peu nécessaires, disparaissent ici où obligation et hypothèque naissent ensemble (1). D'autre part, le capitaliste, qui hésite à prêter sur hypothèque de crainte de ne pouvoir réaliser son capital en cas de besoin, se décidera, par suite des commodités que lui offre la clause à ordre pour rentrer dans ses fonds par un simple endossement ; il consentira ainsi volontiers des prêts à plus long terme (ce qui est indispensable pour l'agriculteur qui ne rentre que lentement dans ses avances) et à taux moins élevé (2). Par là on atteint sans peine le but cherché : faciliter la transmission du gage hypothécaire, sans nuire à sa solidité (3).

(1) Les critiques de Bucquoy : Endossement, cessation de l'hypothèque dans *Rev. crit.*, 1864, pp. 52 et sqq., qui portent principalement sur ce point, sont donc mal fondées.

(2) CHALLAMEL : *De la cession des cr. hyp.*, pp. 2 et sqq. — PLANIOL : *Dr. cic.*, t. II, n^{os} 2670 et sqq.

(3) On a prétendu (Bucquoy dans *Rev. crit.*, 1864, p. 57) que la situation de l'endossataire était en réalité fort précaire, car il n'est pas touché par la signification à fin de purge et n'en sera pas averti par le créancier primitif, qui ne se dérangera pas n'y ayant aucun intérêt. — Il suffit, pour parer à cet inconvénient, que l'endossataire avertisse le notaire, ou toute autre personne chez qui a été élu le domicile de l'inscription, qu'il est désormais titulaire de la créance et prie qu'on lui fasse tenir toutes significations y relatives. Au reste, le créancier primitif ne manquera pas d'avertir l'endossataire si besoin est, car ou la créance est mauvaise, et il prévendra, de peur que, la sûreté disparaissant, il ne soit obligé de payer la dette, par suite de son obligation de garantie, ou la créance est bonne et il le négligera peut-être mais quelle importance cela aura-t-il ?

CHAPITRE V

ENDOSSEMENTS PARTICULIERS :

ENDOSSEMENT DE PROCURATION — ENDOSSEMENT EN BLANC — ENDOSSEMENT PIGNORATIF.

144. — Nous avons étudié jusqu'à présent l'endossement ordinaire de la créance civile, appelé en général translatif de propriété.

Mais l'endossement est un instrument trop souple pour se limiter à une seule fonction et il ne sert pas seulement à faire passer d'une tête sur une autre le titre de créancier. Il peut tout aussi bien réaliser un mandat, — il peut transformer le titre à ordre en une sorte de titre au porteur, — il peut constater le droit de gage d'un créancier sur l'obligation à ordre.

Endossement de procuration, — endossement en blanc, — endossement pignoratif, trois modalités particulières que nous étudierons dans autant de sections distinctes.

SECTION I

ENDOSSEMENT DE PROCURATION DE LA CRÉANCE CIVILE

§ I : Endossement de procuration expresse

145. — Le titulaire d'une créance civile à ordre qui, pour un motif quelconque, ne veut pas toucher lui-même le montant de l'obligation ou poursuivre le débiteur, mais qui cependant désire rester créancier, peut faire un endossement de procuration expresse. Il n'a qu'à remplacer l'indication de la valeur fournie par les mots : *valeur en procuration*, ou *valeur en recouvrement* (1).

L'endosseur et l'endossataire en pareil cas sont respectivement mandant et mandataire et leurs rapports sont régis par les règles du mandat. L'endosseur reste libre de révoquer le mandat et d'exiger la restitution du titre (2) ; la révocation a d'ailleurs lieu de plein droit en cas d'interdiction, mort, faillite ou déconfiture de l'une des parties. L'endossataire doit rendre compte, rembourser s'il a touché le montant de la créance, poursuivre s'il n'est pas payé (3) ; simple représentant de l'endosseur, il peut se voir opposer tous les moyens de défense opposables à son mandat (4), mais, par con-

(1) THALLER : *Dr. com.*, n° 1483.

(2) NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 776. — Cass. civ. 6 janv. 1845, S. 1845. I, 93. — Paris, 18 déc. 1850. D. 1854, V, 284. — Cass. req. 14 juin 1882. S. 1885, I, 489 et note de Labbé.

(3) Cass. req. 12 janv. 1869. D. 1872, I, 125.

(4) Cass. civ. 12 nov. 1890, S. 1891, I, 150. — Lyon, 2 janv. 1903. *Moniteur jud. de Lyon*, 12 mars 1903. — Paris, 6 mars 1903. D. 1904, II, 205. — Paris, 11 juin 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, II, 388.

tre, le débiteur ne pourrait pas se prévaloir contre lui d'exceptions qui seraient personnelles à lui, mandataire, sa personne restant étrangère au contrat à ordre intervenu entre débiteur et endosseur ; il a droit au remboursement de ses avances, mais il répond des fautes qu'il a pu commettre dans l'exécution de son mandat (retard non motivé à poursuivre, etc.).

Il peut encore se substituer un autre mandataire en faisant lui-même un nouvel endossement de procuration. Mais pourrait-il faire un endossement translatif ? C'est ce que nous allons voir en parlant de l'endossement de procuration tacite.

§ II. Endossement de procuration tacite

146. — Après avoir expliqué dans son article 137 quelles sont les conditions d'existence de l'endossement régulier, le Code de commerce, dans son article 138, décide que « si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent, il n'opère pas le transport : il n'est qu'une procuration. » (1)

Sanction illogique. Les parties ont voulu faire un endossement translatif, mais un vice de forme dans l'acte empêche que se réalise leur intention ; la loi ne peut que déclarer nul un pareil acte et il ne lui appartient pas de le transformer en une opération juridique autre que celle voulue par les parties. On ne constitue pas mandataire malgré soi (2).

(1) Locré : *Esprit Code de com.*, t. II, pp. 134 et sqq.

(2) En Allemagne l'endossement de procuration (Prokuraindossament, ou Inkasso-, ou Auftrags-, ou Wollmachtsindossament) doit mentionner clairement que l'endossataire sera simple mandataire. Si l'intention des parties est douteuse, il faut présumer le droit commun et considérer l'en-

La raison d'être de cette *inelegantia juris* est historique. L'ordonnance de 1673, titre v, article 25, disait : « Au cas que l'endossement ne soit pas dans les formes ci-dessus, les lettres seront réputées appartenir à celui qui les aura endossées et pourront être saisies par ses créanciers et compensées par les redevables. » Cela pouvait équivaloir à la nullité de l'endossement, ne produisant aucun effet et laissant la créance fixée sur la même tête. Rien n'empêchait par contre de soutenir que l'on entendait assimiler pareil endossement à un mandat, ce contrat laissant tout aussi bien l'endosseur titulaire de la créance. Or, dans son article 23, l'ordonnance décide que « les signatures en blanc au dos des lettres de change ne servent que d'endossement et non d'ordre » (1), règle d'ailleurs ancienne : l'endossataire en blanc, qui n'avait pas, ou du moins était supposé n'avoir pas fourni la valeur de l'endossement, était considéré comme un simple mandataire, faute par les parties d'avoir plus expressément indiqué leurs intentions exactes (2).

Il eût été logique d'étendre cette solution à l'hypothèse de l'article 25, dans le cas particulier où la mention absente était celle de la valeur fournie et de considérer comme mandataire l'endossataire qui, n'ayant

dossement comme translatif. COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 270, I. — GRUNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 97. — HARTMANN : *Die allgem. deutsche W.-O.*, pp. 86 et sqq. — WÆCHTER : *Wechsellehre*, § 95.

(1) Ici, le terme « endossement » est pris dans le sens de procuration, par opposition au mot « ordre » employé pour indiquer le transfert même du titre. DUPUY DE LA SERRA : *L'art des lettres de ch.*, ch. IV, § 11.

(2) SAVARY : *Parfait négociant*, 1^{re} part, liv. III, chap. V, p. 153 ; — PARÈRE XXXIII, pp. 233 et sqq. — PARÈRE XXXVI, pp. 249-250. — Cfr. BIEBER : *Wechselrechtliche Abhandlungen, Abhandl. I*, § 19, pp. 225-227.

rien payé pour cela, ne devait pas être présumé titulaire du droit ; le défaut des autres mentions devait être considéré comme entraînant la nullité. Les commentateurs de l'ordonnance eurent le tort de généraliser ce qui ne pouvait être vrai que dans un cas spécial et de considérer comme mandat l'endossement qui manquait de l'une quelconque des conditions de forme requises (1). Cette solution, qui respectait à la rigueur les termes de l'ordonnance, devint traditionnelle et l'article 138 du Code de commerce n'a fait que reproduire purement et simplement cette tradition. Nous n'avons pas à la discuter mais à rechercher si elle s'applique également aux créances civiles à ordre et quels sont ses effets.

147. — L'endossement d'une créance civile à ordre, qui ne contient pas toutes les énonciations requises par l'article 137 du Code de commerce, ne vaut-il jamais que comme procuration ? — Cette présomption de l'article 138 du Code de commerce est assurément dans bien des cas contraire aux faits et ses conséquences dans les créances civiles sont certainement plus fâcheuses encore que dans les créances commerciales. Malheureusement les termes absolument généraux de l'article 138 du Code de commerce et l'extension qu'il nous a fallu admettre de l'article 137 aux créances civiles, obligent à reconnaître que l'article 138 constitue bien une règle s'appliquant à tous titres à ordre et non une particularité spéciale aux billets à ordre et lettres de change. La doctrine est unanime sur ce point (2).

(1) POTHIER : *Du contrat de change*, n° 41 et 42.

(2) DEBRAY : *La clause à ordre*, pp. 212 et sqq. — LEFORT : *Assur. Vie*, t. II, p. 177 texte et note 4. — LYON-CAEN et RENAUT : *Traité*, t. IV, n° 157. — *Contra* : NATTAN : L'endossement des titres à ordre, *Thèse*, pp. 158-159.

148. — Il se peut que la présomption de l'article 138 du C. de com. corresponde à la réalité des faits, que l'endosseur voulant effectivement donner mandat se soit contenté de faire un endossement irrégulier en la forme au lieu de recourir à un endossement de procuration expresse ; dans semblable hypothèse, les règles du mandat s'appliqueront purement et simplement. Mais le plus souvent la présomption de mandat ne sera pas conforme à l'intention des parties, qui ont voulu un endossement translatif ; la présomption légale admet-elle en ce cas la preuve contraire ? Ici, comme en matière de simulation (1), il faut distinguer.

Entre les parties, c'est la convention réelle qui doit s'appliquer : endosseur et endossataire ont le droit réciproque de démontrer qu'ils ont entendu faire, non un mandat mais un endossement translatif, et leurs créanciers le pourront également en vertu de l'article 1166 du Code civil (2). L'endosseur, par exemple, qui a reçu la valeur de l'endossement, ne saurait se prévaloir d'une irrégularité provenant de lui pour réclamer la restitution d'un titre, dont il a reçu le prix ; l'endossataire n'a évidemment pour lui répondre qu'à établir les faits. — En ce qui concerne les tiers, ils sont protégés par la présomption légale ; ils ont pris l'endossement pour ce qu'il paraissait être et n'en doivent subir aucun préju-

(1) Cfr. PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 1193 et sqq. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1493.

(2) BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. I, n° 321. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT : *T. III*, pp. 181-182. — *D. Rép.*, V° Effets de co., n° 454 et sqq. et la jurisprudence y indiquée. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 148. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 771. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1494. — Montpellier, 7 mai 1900, dans *Ann. dr. com.*, 1904, jurispr., p. 76.

dice (1), d'autant que l'article 138 du Code de commerce a précisément pour but de les protéger.

On peut dès lors prévoir un conflit entre ces deux catégories de personnes : créanciers de l'endosseur d'une part, qui réclament le maintien de la présomption laissant leur débiteur titulaire de la créance, créanciers de l'endossataire d'autre part, demandant à prouver qu'en fait il y a bien eu transfert et que les droits de leur débiteur sont exclusifs et absolus. De même que pour la simulation, il faut donner la préférence à ceux qui se prévalent de l'état de choses apparent ; ils ont pour eux la lettre de la loi et ce serait la violer que n'en pas faire l'application alors qu'elle est le plus nécessaire pour les protéger (2).

149. — Les effets produits par l'endossement irrégulier sont les mêmes que ceux indiqués à propos de l'endossement de procuration expresse ; les règles du mandat s'appliquent également à l'un et à l'autre.

Nous avons réservé pour l'étudier à cette place, comme se produisant d'ordinaire à l'occasion d'endossements irréguliers, une difficulté relative aux pouvoirs de

(1) ALAUZET : T. IV, n° 1363 et sqq. — BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. I, n° 320. — BOISTEL : n° 766, 767. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT : T. III, pp 180-182. — LOCRIÉ : *Esprit du Code de com.*, t. II, pp. 134 et sqq. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1101 ; — *Traité*, t. IV, n° 148. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 775. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1496. — Le débiteur est un tiers et comme tel peut exiger le maintien de la présomption légale de mandat, qui lui importe d'ailleurs plus qu'à tout autre : Cass. 30 déc. 1840. S. 1841. I. 28 et les arrêts en note. — Trib. co. Lyon 14 mars 1903. *Gaz. jud. et com.* Lyon, 11 juill. 1903. — Bordeaux, 3 déc. 1902. *Recueil de Bordeaux*, 1903, II, 53. — Paris, 11 juin 1903. *Annales dr. com.*, 1904, 2^e partie, p. 32. — *Contra* : PICHON : *De l'opposab. des except. au port. d'un titre à ordre*, pp. 184-206.

(2) RIVIÈRE : *Répétitions écrites sur le Co. com.*, 7^e éd., sur Co. 138, pp. 408 et 409. — Cfr. en matière de simulation : Orléans, 10 fév. 1876. S. 1876. II. 321 et la note.

l'endossataire : peut-il faire un endossement translatif de propriété ? Qu'il fasse valablement un nouvel endossement irrégulier, cela est naturel et n'est pas contesté ; c'est un nouveau mandataire qui vient remplacer l'ancien ; la situation reste la même (1). Qu'il puisse faire un endossement translatif, cela semble par contre impossible. Il ne peut transférer la propriété de son chef, puisqu'il n'est pas propriétaire ; il ne le peut davantage du chef de son endosseur, car il n'a qu'un mandat général et le mandat d'aliéner doit être exprès (art. 1988 C. civ.). Enfin, ce serait pour lui un moyen commode d'empêcher l'endosseur d'exercer son droit de révocation du mandat. Aussi, nos anciens auteurs refusaient-ils à l'endossataire le pouvoir de faire un endossement translatif (2).

La doctrine et la jurisprudence actuelle l'y autorisent pourtant (3) et l'on ne peut guère protester contre un

(1) L'endossataire irrégulier pourrait-il endosser dans le cas où l'irrégularité proviendrait de l'omission de la formule à ordre ? On pourrait appliquer ici la règle générale : l'endossement vaut comme procuration et l'endossataire a le droit d'endosser comme tout autre endossataire irrégulier ; il n'y a pas de distinctions à faire où la loi n'en fait pas. — On s'accorde pourtant à attribuer cet effet particulier à l'omission de la clause à ordre dans l'endossement, que la procuration ne vaut que pour recevoir et poursuivre et non pour transférer. BAILLY : *De la clause à ordre dans les polices d'assurance*. Paris, 1902, n° 197, p. 190, note 2. — ALAUZET : T. IV, n° 1358. — D. Rép., V° Effets de com., n° 404.

(2) POTHIER : *Du contrat de change*, n°s, 41 et 89. — SAVARY : Parère XLI.

(3) ALAUZET : T. IV, n°s 1370, 1371. — BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. I, n° 323. — BOISTEL : n° 765. — D. Rép., V° Effets de comm., n° 461. — LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1097 ; — *Traité*, t. IV, n° 139. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 787. — PARDESSUS ; *Dr. com.*, t. II, n° 354. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1490. — La jurisprudence très nombreuse est absolument constante : Cass. civ., 10 mai 1865. D. 1865. I. 275. — Cass. req., 14 janv. 1873. D. 1873. I. 235. — Paris, 25 nov. 1886. D. 1887. II. 110. — Cass. civ., 29 déc. 1890. S. 1894. I. 442. — Cass. req., 3 mai 1893. S. 1893. I. 348. — Lyon, 5 mars 1896. S. 1899. II. 230.

pareil usage qui, l'ordre public n'étant pas en jeu, a en quelque sorte force de loi. Ce n'est pas comme propriétaire qu'agit alors l'endossataire irrégulier, mais comme mandataire ayant, implicitement au moins, le droit de négocier puisqu'il a celui de recouvrer. Quelle différence y a-t-il entre attendre l'échéance pour recevoir paiement de la dette ou en toucher le montant anticipé d'un endossataire ? Le résultat est le même. — Pas absolument, pourrait-on répondre, car l'endossement prive le mandant de son droit de révoquer le mandat (1) ; l'on ne voit pas d'autre part pourquoi, ici plutôt qu'ailleurs, le mandat de faire un acte d'administration et de donner quittance contiendrait implicitement celui de faire un acte de disposition. — Fondé ou non, l'usage n'en subsiste pas moins et il faut reconnaître à l'endossataire irrégulier d'une créance civile à ordre le droit de faire valablement un endossement translatif de la dite créance.

Ce nouvel endossataire aura comme tout autre une action directe contre le débiteur, qui ne pourra lui opposer les exceptions qu'il aurait eues contre l'endosseur (2) et, du jour de l'endossement, toute saisie-arrêt du chef du mandant, toute révocation du mandat sont impossibles. — Une discussion approfondie des conséquences de cet usage au point de vue de la garantie nous entraînerait trop loin ; indiquons simplement que le tiers, qui a acquis de l'endossataire irrégulier, a un recours en garantie à la fois contre le mandant et contre

(1) ARTHUYS : Examen de la jurispr. sur l'endossement en blanc, dans *Rev. crit.*, 1883, p. 279. — RIVIÈRE : *Repét. écrites sur Co. com.*, 3^e éd., sur Co. 138, pp. 285-287.

(2) Lyon, 5 mars 1896. S. 1899. II. 230.

le mandataire ; tous deux figurent au titre et toute personne qui a signé un titre à ordre est obligée à la garantie (1). Quant à l'endossataire irrégulier qui a négocié le titre de créance et a dû en rembourser le montant au tiers porteur non payé à l'échéance, la jurisprudence le déclare subrogé aux droits de celui-ci et fondé par-là à réclamer le remboursement aux endosseurs précédents (2) et même à son endosseur immédiat, le mandant, pourvu qu'il lui ait rendu compte de son mandat.

SECTION II

ENDOSSEMENT EN BLANC DES CRÉANCES CIVILES

150. — L'endossement peut être irrégulier par suite de l'absence du nom de l'endossataire ou même par l'absence de toute mention et se réduire à la simple signature de l'endosseur ; c'est l'endossement en blanc, simple variété de l'endossement irrégulier, dont il résume, peut-on dire, la perfection et avec lequel il pourrait se confondre. Mais son importance et quelques particularités conduisent à en faire une étude distincte (3).

Au début du ^{xvii}^e siècle, l'endossement en blanc

(1) ARTHUYS : dans *Rev. crit.*, 1883, pp. 279 et sqq. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 141. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1490. — Cass. civ. 10 mai 1865. S. 1865. I. 258. — Lyon, 5 mars 1896. S. 1899. II. 230.

(2) DELASSALLE : *La cl. à ordre et ses effets*, n° 62 et 62 bis, pp. 85-88. — Cass. req. 3 mai 1893. S. 1893. I. 348, et la jurisprudence antérieure indiquée en note sous cet arrêt.

(3) Très important en matière d'effets de commerce, où il occupe une grande place, l'endossement en blanc n'a pas, à beaucoup près, atteint la même extension en matière civile, où il perd les plus précieux de ses avantages : suppression de la nécessité de bâtonner l'endossement dans le cas où l'endossataire de l'effet ne l'accepte pas, facilité de l'escompte, etc.

apparut dans ce que l'on appela les billets en blanc. Le titre au porteur était alors presque complètement abandonné ; jurisconsultes, coutumes, parlements, tous attaquaient cette clause au porteur et l'on était arrivé à la rendre inutilisable en faisant du porteur un simple *ad-jectus solutionis gratiâ*. Résultat fâcheux pour le commerce ; aussi la pratique chercha bien vite à remplacer cette clause et imagina l'endossement en blanc. Le titre à ordre, en effet, dans le cas où le nom de l'endossataire n'est pas inscrit par l'endosseur, va circuler comme un titre au porteur de la main à la main (1) ; l'endossataire le remet à un tiers qui le transmet à un nouveau porteur et ainsi de suite ; nulle passation d'écritures, aucune mention sur le titre des porteurs successifs, donc pas d'obligation à garantie de la part de ces derniers. — Mais l'endossement en blanc fut bientôt pros- crit et le demeura longtemps ; les arrêts de règlements, édits, déclarations qui le prohibent se renouvellent sans cesse durant le xvii^e siècle, sans pouvoir arrêter l'usage toujours plus étendu de cette forme si commode (2). Aussi l'ordonnance de 1673, titre V, article 23, finit par la valider, mais l'endossement en blanc ne vaut pour elle que comme simple procuration, solution que nous avons déjà indiquée et expliquée.

La règle de l'ordonnance a passé dans notre Code avec l'article 138 du Code de commerce ; tel qu'il émane des mains de l'endosseur, l'endossement en blanc est un endossement irrégulier pur et simple, qui confère à

(1) Cfr. BRUNNER : Die Werthpapiere, dans *Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. II, § 198, IV, p. 193. Pour la plupart des auteurs allemands, le titre à ordre devient, par l'endossement en blanc, un véritable titre au porteur.

(2) Cfr. WAHL : *Tit. au port.*, t. I, n^o 137 et sqq., pp. 102 et sqq.

l'endossataire un mandat révocable au gré du mandant (1). Mais l'endossataire peut quand il le veut devenir propriétaire du titre ; il n'a pour cela qu'à compléter l'endossement en inscrivant son nom ainsi que les autres mentions qui peuvent faire défaut (2). On voit la différence considérable avec l'endossement irrégulier où l'endossataire peut bien transmettre la propriété du titre, mais non se l'attribuer à lui-même. S'il le peut ici, c'est en vertu du blanc-seing consenti par le créancier, blanc-seing qui l'autorise à cette transformation de qualité (3) : de mandataire, il devient propriétaire. Dès lors, ce sont les règles de l'endossement régulier qu'

(1) Cass. req. 14 juin 1882. S. 1885. I. 489. — D. *Suppl.* V° Effets de co., n° 198. — Avant que le blanc soit rempli, les règles du mandat s'appliquent ; c'est ainsi que le blanc ne pourrait être rempli ni après le décès, ni après la déclaration de faillite de l'endosseur. — Beaucoup de législations modernes suivent une règle opposée et considèrent l'endossement en blanc comme translatif de propriété. Ainsi, en Allemagne, on l'assimile, au point de vue des effets, à l'endossement régulier, et l'endossataire ne peut se voir opposer les exceptions personnelles à l'endosseur. *Allegemeine Deutsche Wechsel-Ordnung*, § 12, 13 et 36. — KONRAD COSACK : *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 270, I. — GRÜNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 83. — WEGTER : *Wechsellehre*, § 96 et sqq.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV n° 149. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1481. — C'était la doctrine de l'ancien droit : POTHIER : *Contrat de change*, n° 40. — En ce sens : Paris, 19 févr. 1902. *Gaz. Pal.*, 1902. II. 500. — Trib. com. Lyon, 11 mai 1903. *Gaz. jud. et com. Lyon*, 17 sept. 1903. — L'endossataire ne peut d'ailleurs remplir le blanc qu'avec les mentions ordinaires et sans insérer de clauses exceptionnelles : dispense de garantie, prorogation d'échéance, etc. NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 752. — Limoges, 10 mai 1844. S. 1845. II. 481. — Limoges, 25 mars 1846. S. 1846. II. 363. — Lyon, 17 juill. 1849. S. 1849. II. 680.

(3) A condition, bien entendu, que telle soit l'intention des parties, spécialement de l'endosseur, sans quoi il y aurait abus de confiance, n'empêchant d'ailleurs pas le tiers de bonne foi d'acquiescer droit valable. BORDEAUX, 20 août 1872. S. 1873. II. 48. — ARTHUYS : Examen de la jurispr. sur l'endossement en blanc, dans *Rev. crit.*, 1883, pp. 289-298. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 149, p. 114, note 5.

s'appliquent : inopposabilité des exceptions, obligation de garantie, etc.

On voit combien il est inexact de dire que l'endossement en blanc est interdit en France. Il y est journellement pratiqué, car il facilite la circulation de la créance à ordre et offre ce grand avantage de ne pas obliger à garantie. Mais il offre aussi par contre cet inconvénient grave de ne pas offrir la même sécurité au porteur, en cas de perte du titre, ce qui nous paraît de nature à entraver son développement dans les créances civiles à ordre.

L'extension à ces créances des règles de l'endossement en blanc posées à propos des effets de commerce est rendue logiquement inévitable par l'admission à leur égard des principes relatifs à l'endossement irrégulier, dont l'endossement en blanc n'est qu'une variété.

151. — Il est cependant un cas dans lequel on peut prévoir l'usage habituel de l'endos en blanc pour les créances civiles. C'est celui où le titulaire veut faire de sa créance une libéralité par simple remise du titre de la main à la main (1).

Mais la donation manuelle du titre à ordre est-elle possible ?

Quelques auteurs (2) ont voulu soutenir que non. Le

(1) Si c'est l'endosseur en blanc qui a voulu faire une donation et si l'endossataire veut remplir le blanc, il devra prendre garde de déguiser l'opération en indiquant une valeur fictive quelconque comme fournie ; nous avons vu, en effet, qu'il était impossible d'endosser à titre gratuit sans déguiser. En tous cas, l'endossataire en blanc à titre gratuit a comme tout autre le droit de remplir le blanc. Cass. civ. 29 déc. 1890. S. 1894. I. 442.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 151 bis. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. III, n° 2539.

don manuel, disent-ils, ne s'applique qu'aux choses dont la tradition suffit pour transférer la propriété, pour lesquelles la possession vaut titre et auxquelles s'applique l'article 2279 du Code civil, c'est-à-dire aux meubles corporels et aux titres au porteur. La circulation des titres à ordre se réalise par l'endossement, c'est-à-dire par un acte ; la tradition reste donc impuissante à leur égard.

La jurisprudence ne s'est pas attardée à des distinctions aussi subtiles ; l'endossement en blanc permet au titre à ordre de circuler comme ferait un titre au porteur et, ce dernier pouvant être l'objet d'un don manuel, l'autre peut l'être aussi. La doctrine a également adopté cette solution aussi logique que satisfaisante, et l'on ne conteste plus aujourd'hui la validité du don manuel d'un titre à ordre revêtu d'un endossement en blanc (1).

SECTION III

ENDOSSEMENT PIGNORATIF DES CRÉANCES CIVILES A ORDRE

152. — La créance civile à ordre, comme toute autre créance, peut être donnée en gage par son titulaire.

(1) AUBRY et RAU : t. VII, 4^e éd., § 659, p. 83, note 22. — COUTEAU : *Assur. sur la vie*, t. II, n° 477, p. 365. — DURANTON : t. VIII, n° 392. — TOUZAUD : *Des effets de commerce*, p. 53. — Cass. req. 21 août 1837. S. 1837. I. 866. — Paris, 23 janv. 1840. S. 1840. II. 229. — Trib. civ. Bergerac, 5 juin 1902. *Rec. de Bordeaux*, 1902. II. 80. — Mais la jurisprudence va trop loin lorsqu'elle parle de don manuel à propos d'endossements irréguliers (Cfr. Riom, 23 janv. 1889. D. 1893. I. 179). La

Les effets de commerce, il est vrai, sont rarement donnés en garantie ; à court terme pour la plupart, leur échéance se placerait presque toujours avant celle de la créance qu'ils garantiraient ; il est dès lors plus simple d'endosser en toute propriété le titre au créancier qui demande un gage et dont la dette se trouvera ainsi éteinte par voie de dation en paiement.

Pour les créances à ordre à longue échéance (ce qui se rencontre surtout dans les créances civiles : assurances sur la vie, etc.), on conçoit très bien au contraire qu'on leur fasse jouer un rôle de sûreté et, pratiquement, elles sont souvent données en garantie (1).

153. — Quelles sont les formalités requises pour la validité de cette opération ? Les articles 2074 et 2075 du Code civil exigent que toute convention de nantissement soit rédigée par écrit ; peu importe que l'acte soit authentique ou sous seing privé, mais dans ce dernier cas il doit être enregistré pour avoir une date certaine opposable aux tiers. De plus, lorsqu'il s'agit d'une créance civile ordinaire, le créancier gagiste n'en est saisi que du jour où il a accompli les formalités requises par l'article 1690 du Code civil pour le transfert des créances, c'est-à-dire la signification au débiteur. — L'article 91, 2^e alinéa, du Code de commerce, apporte à ces règles étroites une exception en faveur des valeurs négociables : ces dernières sont valablement constituées en gage par simple endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie (2). Mais cet article ne

remise de la main à la main ne peut suppléer à l'absence de mention de valeur fournie, et la simple irrégularité de l'endossement ne peut autoriser la circulation du titre par simple tradition.

(1) THALLER : *Dr. com.*, n° 1078.

(2) Les formulés courantes sont : « Payez à l'ordre de M..., la somme

s'occupe que du gage commercial ; son domaine comprend bien toute créance à ordre quelle qu'elle soit : billet à ordre, lettre de change, police d'assurance, créance à ordre quelconque, mais à condition qu'elle soit commerciale ; dans ce cas, l'endossement de garantie suffit incontestablement (1).

Que décider en ce qui concerne le gage civil d'une créance à ordre ? Faut-il maintenir le parallélisme et dire que l'endossement, par lequel peut-être constitué un nouveau titulaire de la créance, peut aussi bien conférer un simple droit de gage ? Qui peut le plus, peut le moins, cela semble naturel : par la clause à ordre, on s'est soustrait à l'obligation de l'acte de cession signifié, et on resterait soumis à l'obligation de l'acte de gage signifié ? Ce serait illogique. De plus, quel effet produirait un acte de gage, quel effet produirait sa signification que ne réaliserait pas l'endossement, puisque ce dernier saisit l'endossataire *erga omnes* (2) ? Il faut conclure, avec un arrêt de la Chambre des requêtes (3), que « l'endossement est ici un mode légal et *sui generis* de donner au gage toute sa force à l'égard des tiers et de faire au créancier une situation privilégiée. »

154. — Et pourtant, la grande majorité de la doc-

de..., valeur en garantie (date et signature) », — ou : « Payez à l'ordre de M..., à titre de garantie, la somme de..., valeur reçue comptant (date et signature) ». — Cette dernière formule est évidemment la plus régulière ; la validité de la première est admise cependant sans difficultés, toute critiquable que soit sa mention de valeur fournie.

(1) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. III, n° 271. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2421 et 2422.

(2) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 433. — HERBAULT : *Assur. sur la vie*, n° 226 à 228. — MASSÉ : *Droit com.*, t. IV, n° 2894. — TROPLONG : *Du nantissement*, n° 283.

(3) Cass. req. 18 juill. 1848, confirmant Nancy, 2 août 1847, S. 1848, I, 609. — En ce sens : Rouen, 29 avril 1837, S. 1837, II, 375.

trine est opposée. Il n'est pas exact, dit-on, que la constitution du gage en matière de créances ait lieu dans la même forme que la transmission de la propriété. La loi soumet la constitution du gage à des formalités sévères et minutieuses qu'elle n'exige pas en matière de vente ; c'est ainsi que cette dernière peut être verbale, au lieu qu'il faut pour le gage un acte authentique ou sous seing privé enregistré. Tout argument de similitude est donc sans valeur. Le Code civil ne fait aucune distinction et les règles posées par ses articles 2074 et 2075 englobent dans leur application toutes créances, à ordre ou non.

Cependant, quelques-uns proposent ici un tempérament : la nécessité d'un acte de constitution authentique ou sous seing privé enregistré est absolue et l'endossement ne saurait y suppléer ; mais il remplacera fort bien au contraire la signification au débiteur ; le but de cette dernière est de dessaisir le débiteur, or l'endossement est la forme régulière de dessaisissement des créances à ordre (1).

Cette opinion apparaît plutôt comme un expédient utile pour échapper aux inconvénients du principe adopté que comme un système rigoureux. Après avoir repoussé la constitution de gage des créances à ordre par simple endossement et admis l'application des formalités civiles, on choisit parmi ces dernières et l'on recourt à l'endossement pour remplacer celles qu'on

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES : *Privil. et hyp.*, t. I, n° 63. — THALLER : *Dr. com.*, n° 1082. — Cass. civ. 5 janv. 1872. D. 1872, I, 161. — Lyon, 6 juill. 1889. D. 1890, II, 113. — C'est le système suivi par la jurisprudence belge en matière de titres au porteur. il faut un acte de constitution, mais la simple tradition du titre suffit et remplace la signification. Cour de Gand, 27 juill. 1867. Pasicrisie belge, 1868, I, 339.

écarte. La matière du gage n'est pas assez souple pour se plier ainsi à volonté. Si les règles civiles s'appliquent, il faut les appliquer toutes : le créancier gagiste est doté d'un privilège et en matière de privilège tout est de droit étroit (1).

155. — Pareils systèmes ne tiennent pas compte de la nature exceptionnelle de la clause à ordre. Si elle fait exception à l'article 1690 du Code civil, elle fait également exception à l'article 2075. La protection découlant des formalités ordinaires subsiste sous une autre forme, tout aussi complète, même plus sûre ; mis en possession de la créance que lui attribue un endossement de garantie, que pourrait craindre le créancier gagiste ? A quoi bon exiger encore un acte écrit distinct, une signification au débiteur ? Parce que l'article 2075 du Code civil ne prévoit pas d'exceptions ? Mais avant la loi du 23 mars 1863 modifiant les articles 91 et sqq. du Code de com. et réglementant le gage commercial, jamais la pratique n'avait suivi les formalités du droit civil pour mettre en gage des valeurs négociables ; on avait cru pouvoir s'en dispenser sans exception formelle édictée par la loi. A mêmes hypothèses,

(1) En ce sens pour les titres au porteur LAURENT : t. 28, n° 460. — Cass. civ., 30 nov. 1864. S. 1864, I, 503, aux considérants très nets : attendu que C. 2074 et 2075 « embrassent par la généralité de leurs termes tous les meubles incorporels sans exception, tels qu'ils sont définis par C. 529, c'est-à-dire les actions ou intérêts dans les Comp. de finance, de commerce ou d'industrie, aussi bien que toutes obligations ou actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, qu'il n'y a donc pas à distinguer entre la formalité de l'acte et celle de la signification, le gage et le privilège qui en est la conséquence ne pouvant exister sur des meubles incorporels, quels qu'ils soient, que par l'accomplissement de cette double formalité... » En ce sens, Cass. req. 10 avr. 1867. D. 1867, I, 398 et Dijon, 18 juin 1903. *Droit financier*, 1903, p. 458, à propos de titres nominatifs. — Pour les titres à ordre, LEFORT : *Assur. vie*, t. II, p. 186, note 1.

la logique demande même solution. Il nous semble donc que l'on a tort d'exiger l'observation des articles 2074 et 2075 du Code civil pour le nantissement d'une créance civile à ordre (1).

L'endossement pignoratif suffit ; mais est-il nécessaire ? ou peut-on réaliser sous une autre forme la mise en gage de la créance à ordre ? La jurisprudence et la doctrine, qui ont étudié cette question à propos du gage commercial, admettent très généralement que le nantissement peut être établi suivant les formes de l'article 2075 du Code civil aussi bien qu'à l'aide d'un endossement (2). Solution analogue à celle admise en matière de translation de la propriété : les parties, qui peuvent transférer par endossement, le peuvent aussi en suivant les formes de l'article 1690 du Code civil.

156. — La mise en gage des valeurs, actions ou obligations déposées chez un banquier a soulevé des difficultés fort curieuses et très intéressantes pour nous.

Un certificat de dépôt des titres constate en pareille hypothèse les droits du déposant. Supposons que celui-ci veuille d'une part donner ces titres en gage et que de l'autre il lui soit impossible d'en opérer le retrait (3) : le nantissement pourra-t-il être effectué au moyen du

(1) En ce sens : AUBRY et RAU : 4^e éd., t. IV, § 433, p. 709. — LEFORT : *Assur. vie*, t. II, p. 185 (mais il paraît se contredire p. 186, note 1). — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2412. — PAUL PONT : *Petits contrats*, t. II, n° 1117, dit que toute valeur négociable par endossement peut être donnée en gage par endossement pignoratif. Trib. civ. Lyon, 3 avril 1889. *Annal. dr. com.*, 1889, p. 169.

(2) Paris, 28 nov. 1878, S. 1879, II, 129 et note de LYON-CAEN. — LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. III, n° 277.

(3) Les coupons étant épuisés, on opère le renouvellement des titres, — ou, nominatifs, ils sont convertis en titres au porteur, etc.

seul certificat de dépôt et de quelle façon devra-t-il être établi (1) ?

Un arrêt de la cour d'Aix (2) décide que « le récépissé n'est pas un titre de créance distinct des obligations, il en est la représentation, il participe de la même nature. » Le nantissement s'effectuera donc au moyen du récépissé et de la même manière que pour les titres eux-mêmes. Par suite, dans le cas où les titres déposés sont des titres à ordre, le récépissé doit être considéré comme étant à ordre lui aussi et mis en gage au moyen d'un endossement de garantie.

Nous voici donc en présence d'une catégorie toute particulière de titres à ordre : non seulement ils ne sont pas prévus par la loi, mais ils ne contiennent même pas la clause, exigée cependant de tout titre à ordre, fût-ce une lettre de change ! Aussi la cour de cassation a repoussé cette interprétation (3) : les récépissés sont nominatifs et ne peuvent ainsi *a priori*, en quelque sorte malgré eux, prendre le caractère des titres déposés. — La Cour de cassation admet pourtant cette assimilation du récépissé avec les titres, mais dans le cas seulement où ces derniers ont été spécifiés sur le récépissé (indication des numéros). Même alors, ne faudrait-il pas exiger de plus que la remise des titres ait été définitive, afin d'éviter la fraude pouvant résulter de leur retrait, obtenu par le déposant pendant la durée du gage ?

(1) Cfr. l'étude de M. J. HÉMARD : Du gage commercial, dans *Ann. dr. com.*, 1902, pp. 114 et sqq.

(2) Aix, 13 nov. 1889, sous Cass. civ. 24 juin 1891. D. 1899, I, 185. — Cfr. en même sens : Paris, 21 juin 1893. D. 1893, II, 470. — Paris, 15 juin 1897. D. 1899, II, 153 et note de M. Colin.

(3) Cass. civ. 24 juin 1891. D. 1899, I, 185.

Cette solution, que paraissent admettre les considérants de l'arrêt précité, ne nous semble d'ailleurs pas satisfaire à l'analyse rigoureuse de l'opération. Le récépissé apparaît comme un acte indépendant, ayant son existence propre ; il reste distinct des titres, auxquels on ne saurait l'assimiler ; il est l'*instrumentum* du contrat de dépôt, constatant la créance de restitution qui existe contre le dépositaire. Sa mise en gage, sa négociation devront donc se réaliser suivant les conditions imposées par sa forme propre ; la forme des titres mis en dépôt ne peut avoir aucune influence. En fait, le récépissé est toujours nominatif ; c'est donc au formulaire de la mise en gage des titres nominatifs qu'il faudra recourir pour son nantissement.

157. — Le contrat de gage est réalisé : quels sont ses effets ? Ceux de tout contrat de gage ordinaire. Le créancier possède donc le droit de rétention (art. 2082, 1^{er} al., Code civil), grâce auquel il peut conserver le titre donné en gage jusqu'à parfait paiement de sa créance ; ledit paiement effectué, il est tenu de le restituer.

Reste le cas où le débiteur ne paie pas et où le créancier gagiste se trouve obligé d'exercer son privilège. Nous nous trouvons ici en présence de deux règles antinomiques, dont l'une fait exception à l'autre. D'une part, le Code civil n'autorise le gagiste à toucher que les intérêts de la créance donnée en gage (art. 2081 Code civil) ; toucher le capital lui est interdit expressément, à moins qu'il n'ait obtenu de justice l'autorisation soit de recevoir paiement de la créance engagée, si elle est échue, soit de la faire vendre aux enchères publiques, si elle ne l'est pas (art. 2078 Code civil) ; et

le même article prononce la nullité de la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus. — D'autre part, l'article 91, 5°, du Code de commerce, décide que les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste. Cette remarquable exception doit-elle être étendue aux créances civiles à ordre?

L'article 91, 5° du Code de commerce ne paraît guère pouvoir admettre pareille extension, par suite des termes précis qu'il emploie : « effets de commerce ». Ce qui est plus probant, c'est que la raison qui existait de donner au porteur le droit de recouvrer la valeur à ordre venue à échéance, ne se retrouve plus en dehors des effets de commerce ; ceux-ci doivent être présentés au paiement le jour de l'échéance et protestés le lendemain ; que le gagiste ne puisse pas agir et les règles du protêt deviennent impossibles à observer. Or, quand il s'agit de créances civiles à ordre, l'obligation de requérir paiement à l'échéance, celle de faire protester n'existent plus, de sorte qu'il n'y a plus de raison d'autoriser le gagiste à toucher le capital. — Enfin, toute discussion est impossible au cas où il s'agit d'un nantissement civil, c'es-à-dire constitué en garantie d'une dette civile ; les articles 91 et sqq. du Code de commerce, en effet, régissent exclusivement le gage commercial et leurs règles exceptionnelles doivent se limiter à la matière pour laquelle on les institua.

Le créancier gagiste dont la garantie est représentée par une créance civile à ordre n'a donc pas plus de droit à recevoir le paiement de cette dernière que le gagiste qui possède une créance civile ordinaire. Le premier ne pourrait même pas mieux que le second se

faire accorder ce droit par une clause formelle de l'acte de nantissement ; cela se résumerait en un pacte com-missoire et l'article 2078, 2°, du Code civil annule tout pacte semblable (1). Mais ce droit pourra résulter pour tous deux également d'une convention postérieure à la constitution du gage, la validité de pareille convention étant admise aujourd'hui sans conteste (2).

158. — Supposons réalisée cette dernière hypothèse, ou, conformément à l'article 2078 du Code civil, la créance attribuée en paiement par jugement au créancier gagiste. Quelles exceptions pourra opposer à celui-ci le débiteur du titre à ordre donné en gage ? Par quelques décisions, la jurisprudence autorisa le débiteur à opposer toutes exceptions nées du chef de l'endosseur (3). Pareille solution paraît contraire à la nature des droits du gagiste ; ce dernier n'est pas un mandataire, mais bien le titulaire d'un droit réel sur la créance, résultant de l'endossement pignoratif par un mécanisme analogue à celui de l'endossement translatif. Le gagiste a un droit direct contre le débiteur, qui peut bien lui opposer les exceptions provenant de son chef à lui, gagiste, non celles personnelles à son endosseur ; sans quoi ce dernier pourrait à tout instant anéantir la sûreté en faisant naître une exception qui la détruit (4).

(1) Cfr. D. Suppl. V° Nantissement, n° 99. — GUILLOUARD : *Du nantissement*, n° 142.

(2) D. Suppl. V° Nantissement, n° 100. — PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 2459.

(3) Trib. Seine, 20 mars 1886. *Le Droit*, 15 avr. 1886. — Trib. co. Marseille, 30 déc. 1902. Ann. dr. com., 1904, 2° part., p. 34.

(4) En ce sens : PICHON : *De l'inopposab. des excep. au port. d'un tit. à ordre*, pp. 257-260. — Dans le cas où le montant de la créance engagée est supérieur à celui de la créance garantie, le créancier doit compte de

la différence à son endosseur. Même alors, les seules exceptions qui lui soient opposables sont celles nées de son chef; il serait inexact de prétendre qu'il n'agit comme gagiste possédant un droit direct que jusqu'à concurrence de l'obligation contractée par son endosseur et pour le surplus comme mandataire de celui-ci. L'objet du contrat de gage est le titre à ordre; les droits qui en découlent portent évidemment sur la créance toute entière.

LIVRE III

DE L'EXTINCTION DE LA CRÉANCE CIVILE

A ORDRE

159. — Nous avons vu comment naît la créance civile à ordre, nous l'avons suivie dans son évolution, nous avons examiné quelles modifications elle pouvait subir, à quelles opérations juridiques diverses elle pouvait se prêter.

Il reste à rechercher comment elle s'éteint et disparaît, et comment la clause à ordre réagit sur les règles du Droit civil relatives à l'extinction des créances. — Pour cela, nous passerons en revue les différents modes d'extinction : paiement et dation en paiement, novation et remise de la dette, nullité ou rescision de la convention, condition résolutoire, confusion, compensation, prescription. Qu'elle soit à ordre ou non, il est évident que toute créance peut disparaître du chef de l'une quelconque de ces causes d'extinction (1). — Mais les effets de la clause à ordre que nous verrons en étudiant le premier et le plus général de ces modes d'extinction, le paiement, se retrouvant identiques dans tous les autres, il nous suffira pour ces derniers d'indiquer leurs quelques particularités.

(1) LYON-CAEN et RENAULT : *Précis*, t. I, n° 1205.

160. — De toutes les règles relatives au paiement, il en est peu qui ne subissent l'influence de la clause à ordre. Il n'y a guère que les dispositions concernant la chose qui doit être payée pour s'appliquer rigoureusement les mêmes quel que soit le caractère de la créance ; on ne peut contraindre le créancier à recevoir une chose autre que celle due, mais le créancier a la faculté d'accepter le changement proposé et, en ce cas, il y a dation en paiement (art. 1243 du Code civil).

Quant au lieu du paiement, l'article 1247 du Code civil se trouve restreint par la force des choses ; la dette, portable en principe, peut être convenue quérable entre les parties. Cette dernière convention est impossible lorsqu'il s'agit d'une créance à ordre ; le débiteur ne peut s'obliger à porter les fonds chez le créancier, puisque, à l'échéance, il ignore entre les mains de qui il lui faut payer. L'obligation à ordre est forcément quérable (1).

161. — Qui doit payer ? Le débiteur. Mais nous avons vu qu'il n'est pas seul obligé à la dette ; à côté de lui sont tous les endosseurs signataires du titre et, s'il est insolvable, le créancier peut recourir contre eux. L'obligation de garantie a été étudiée ; indiquons seulement que les actions récursoires d'un endosseur, qui a ainsi payé la dette, contre les endosseurs précédents, prévues et réglementées par le Droit commercial en matière de billets à ordre et de lettres de change (2), existent de même dans les créances civiles à ordre,

(1) NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 906. — THALLER : *Dr. com.*, 1499. JACOBI : *Die Wertpapiere*, p. 129.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 390 et sqq.

sauf que leur exercice n'est plus soumis aux conditions rigoureuses de délai, etc., du Droit commercial.

Le paiement par intervention tel qu'il est prévu et réglementé par les articles 158 et 159 du Code de commerce, ne saurait être étendu, par contre, aux créances civiles; la condition première exigée par l'article 158 du Code de commerce manquerait: on ne peut payer par intervention qu'une fois le protêt dressé et il n'y a pas de protêt pour les créances civiles à ordre. Par conséquent, la personne qui, sans être obligée au titre, paierait aux lieu et place du débiteur, ne serait pas subrogée légalement aux droits et actions du créancier qu'elle rembourse (art. 1251 du Code civil) et devrait, pour en jouir, obtenir une subrogation conventionnelle (1).

162. — Le paiement, pour être libératoire, devra être fait entre les mains de l'endossataire à l'échéance et sur présentation du titre. Il importe ici de déterminer exactement ce que doit faire le débiteur pour être à l'abri de tout reproche et quelles justifications il est en droit d'exiger de l'endossataire avant de le payer.

Ce dernier n'a pas à prouver que l'endossement rempli à son nom est valable et encore moins que son endosseur lui a régulièrement transmis le papier; ce qui est naturel, puisque l'endossement irrégulier vaut procuration à l'effet de toucher paiement (2), puisque par suite le débiteur se libère tout aussi bien qu'il paie à un endossataire régulier ou irrégulier. Mais le débiteur doit s'assurer de l'identité de celui à qui il paie (3) et

(1) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 471.

(2) Paris, 13 déc. 1876. D. 1878. II. 18.

(3) C'est la règle en Allemagne : GRÜNHUT : *Wechselrecht*, t. II, § 107,

surtout vérifier soigneusement la série des endos ; il y aurait faute de sa part à payer malgré une interruption dans la chaîne des endossements. — Dans le cas où la créance à ordre est notariée et passée en minute, il doit encore prendre une précaution de plus : s'assurer que l'acte représenté par l'endossataire est bien la grosse de l'obligation et non pas une simple expédition minutée, mise frauduleusement en circulation par le créancier primitif après avoir déjà transmis la grosse ; le porteur de cette dernière est seul qualifié pour donner quittance libératoire de l'obligation, dont il est le véritable titulaire, et le débiteur ne pourrait lui opposer un paiement fait au porteur d'une minute (1). Le débiteur serait donc ainsi obligé de payer deux fois, s'il était assez imprudent pour commettre cette faute.

Là se limitent les obligations du débiteur : dès lors que le titre lui est présenté par la personne que désigne le dernier endossement et que la série des endos est ininterrompue, le débiteur peut et doit payer et se libère ainsi définitivement (2). On ne peut lui demander de vérifier toutes les signatures du titre ; outre que les moyens pour ce faire lui manqueraient le plus souvent car il ne connaît pas ordinairement les endosseurs, ce

pp. 260-262. — Cfr. NOUGUIER. *Lettre de ch.*, t. I, n° 897. — *Contra* : THALLER : *Dr. com.*, n° 1517.

(1) Remarquons à ce propos que les exceptions nées d'une cause d'extinction de l'obligation ne sont pas opposables à l'endossataire si la teneur du titre ne les révèle point. C'est même ici que la règle de l'opposabilité trouve ses plus évidents motifs d'utilité pratique. PICHON : *De l'opposab. des except. au port. d'un tit. à ordre*, pp. 141 et sqq.

(2) Le paiement est libératoire, même si le porteur n'a pas la capacité de le recevoir et de donner quittance. Cfr. C. civ. allem. § 793 : « Le débiteur est libéré même s'il fait la prestation à un porteur incapable de disposer. »

serait lui fournir un prétexte commode de retarder le paiement (1). De là l'article 145 du Code de commerce : « Celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré. » Il l'est donc même si le dernier endossataire n'a acquis cette qualité que grâce à un faux, à un grattage ou à un vol, à condition bien entendu qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore ces manœuvres et n'ait par conséquent pas reçu d'opposition de l'endosseur spolié.

Quelques auteurs, il est vrai, fondent l'article 145 du Code de commerce sur la nécessité où se trouve le souscripteur de payer immédiatement crainte de protêt (2) ; il faudrait alors limiter la présomption de libération établie par cet article aux effets de commerce et ne pas l'étendre aux créances civiles à ordre auxquelles le protêt est inconnu. — Peu importe : l'article 145 du Code de commerce n'est que l'application particulière aux effets de commerce du principe général posé par l'article 1240 du Code civil, que le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est libératoire (3), et le débiteur de la créance civile à ordre, s'il ne peut invoquer l'article 145 du Code de commerce, sera toujours protégé par l'article 1240 du Code civil.

On voit par là qu'il est des cas où le souscripteur de l'obligation ne doit pas payer : c'est lorsqu'il connaît le vice de l'endossement, soit par suite d'une opposition faite entre ses mains, soit par tout autre moyen ; c'est, avons-nous conclu précédemment, lorsque sai-

(1) ALAUZET : T. IV, n° 1401.

(2) BOISTEL : N° 803. — LYON-CAEN ET RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 293.

(3) PLANIOL : *Dr. civ.*, t. II, n° 416. — WAHL : *Tit. au port.*, t. I, n° 266, texte et note 2.

sie-arrêt a été faite de la somme due; ce sera encore lorsque le titre n'est pas représenté, ce qui amène à étudier l'hypothèse où le titre a été perdu.

163. — Lorsqu'il s'agit d'une créance civile ordinaire, la perte du titre n'empêche pas le créancier de pouvoir toucher à l'échéance la somme due. Le débiteur en effet qui n'a reçu ni notification de saisie-arrêt, ni signification de cession ou mise en gage, paie valablement au créancier, malgré l'impossibilité pour celui-ci de montrer le titre; pour être complètement à l'abri, il n'aura qu'à faire mentionner la perte du titre sur la quittance. Pour les créances à ordre, il n'en va plus de même : le débiteur ne doit payer qu'à l'endossataire; il ignore quel sera le créancier à l'échéance et ne l'apprend que par la présentation du titre. Comment faire si celui-ci est perdu ?

Les articles 149 et sqq. du Code de commerce établissent pour la lettre de change perdue une procédure particulière grâce à laquelle le créancier peut obtenir le paiement. Il lui faut réquerir du président du tribunal de commerce une ordonnance aux fins d'être autorisé à toucher le montant de la dette; pour prouver qu'il était bien propriétaire de la lettre égarée, il en fera établir un nouvel exemplaire en remontant d'endosseur en endosseur; enfin, il devra fournir caution solvable. L'ordonnance rendue n'emporte d'ailleurs pas chose jugée à l'égard du tiers porteur de l'exemplaire primitif, dont les droits sont réservés (1).

Toute cette procédure reste inapplicable aux créances civiles (2); création particulière à la lettre de change

(1) Cfr. LYON-CAEN et RENAULT : *Traité*, t. IV, n° 320 et sqq.

(2) En Italie au contraire, les règles posées par le Code de commerce

elle ne peut pas plus être étendue hors de l'hypothèse toute spéciale pour laquelle on l'a instituée que la loi du 15 juin 1872 sur la perte des titres au porteur (1).

Faute de règles s'appliquant à notre cas, c'est donc au droit commun qu'il nous faut recourir. Le créancier qui a perdu le titre à ordre peut faire opposition au paiement entre les mains du débiteur, en suite de quoi celui-ci versera la somme due à la caisse des dépôts et consignations. Elle y restera jusqu'à ce que le débiteur étant protégé par l'accomplissement de la prescription qui s'oppose à toute action de la part d'un tiers se trouvant créancier, la victime de la perte ou du vol puisse la retirer; à moins toutefois que, le titre venant à être retrouvé auparavant, la caisse des dépôts et consignations ne paie sur sa présentation (2).

Le grave inconvénient de tout cela est la longueur de la prescription, qui, nous le verrons, est la prescription trentenaire. Heureusement, les parties peuvent s'entendre et le débiteur consentir à payer le créancier, en exigeant de lui la promesse de restituer, dans le cas où le titre retrouvé montrerait qu'il n'a pas le droit auquel il prétend, et la constitution de sûretés (hypothèque,

pour le cas de perte de la lettre de change (art. 329-332) sont étendues par analogie à tous les titres à ordre, car l'on y voit le remède indispensable aux dangers résultant des facilités de leur circulation. Ces. Vivante : *Trattato di diritto comm.* t. III, n° 1426.

(1) LEFORT : *Assur. Vie*, t. II, p. 116. — Cass. req., 13 mars 1828. S. C. N., t. IX (1828-30), p. 52.

(2) Trib. civ. Seine, 19 juin 1880. *Le Droit*, 24 juin 1880. La Caisse des dépôts et consignations peut faire l'emploi du capital en une rente sur l'Etat 3 p. 100, dont elle versera les arrérages au créancier, pourvu qu'il verse cautionnement suffisant pour répondre de cinq années d'arrérages. LEFORT : *Assur. Vie*, t. II, p. 116, note 3.

caution, etc.) qui le mettent, lui, débiteur, à l'abri de tous risques (1).

164. — La date du paiement est celle fixée par le titre.

Le débiteur peut-il la devancer ? L'article 146 du Code de commerce le lui interdit pour les lettres de change ; il ne nous semble pas que cette disposition exceptionnelle doive être étendue à toute créance à ordre. L'article 1187 du Code civil dit que le terme doit être présumé stipulé en faveur du débiteur à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il l'ait été aussi en faveur du créancier ; l'article 146 du Code de com. vient décider que le terme inséré dans une lettre de change est dans l'intérêt du créancier comme du débiteur : cela ne saurait intéresser les contrats civils où se rencontre la clause à ordre. Le terme qui s'y trouve est-il ou n'est-il pas dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci par conséquent peut-il ou ne peut-il pas imposer

(1) Pourquoi la jurisprudence ne prendrait-elle pas ici l'initiative d'un expédient analogue à celui auquel elle a recours lorsqu'il s'agit de purger une hypothèque légale de mineur ou de femme mariée ? Aux termes de l'article 2195, 3°, C. civ., lorsque ces hypothèques sont plus anciennes que les autres hypothèques frappant le même immeuble, l'acquéreur ne doit faire aucun paiement du prix au préjudice des premières ; en d'autres termes, le prix est complètement immobilisé, et le tiers pour s'en débarrasser ne peut que consigner. Au lieu de cela, on colloque provisoirement les créanciers hypothécaires sur le prix et on le distribue entre eux comme si l'hypothèque légale n'existait pas ; seulement, ces créanciers s'engagent à le restituer, s'il y a lieu, et fournissent des sûretés pour garantie de cette restitution éventuelle. Cfr. AUBRY et RAU : 5^e éd., t. III, § 295, pp. 900 et sqq. — Nous retrouvons dans cette hypothèse, comme dans celle que nous étudions, un créancier ou plusieurs dont le droit sur la dette n'est pas établi de façon certaine et un débiteur qu'il ne faut pas exposer à payer deux fois. Pourquoi le juge n'userait-il pas, en cas de perte du titre à ordre, du même expédient et n'obligerait-il pas le souscripteur à acquitter sa dette entre les mains du créancier, qui constituerait des garanties suffisantes pour le cas où il y aurait lieu à restitution ?

ser le paiement avant l'échéance ? Question d'espèce et que ne saurait trancher équitablement une présomption légale semblable à celle de l'article 146 du Code de commerce (1). Mais il faudra évidemment pour payer ainsi par anticipation que le débiteur connaisse le titulaire actuel de la créance.

Cette ignorance de la personne du créancier entraîne une conséquence forcée au point de vue de la mise en demeure. L'article 1139 du Code civil pose en principe que la demeure du débiteur résulte d'une sommation ou de tout autre acte équivalent ; il admet pourtant que, par convention expresse, on la fasse découler de la seule arrivée du terme ou de la condition. — Pareille convention est, on le conçoit, impossible dans une créance civile à ordre, où le débiteur, ignorant qui est créancier, ne peut être rendu responsable d'un retard, dû aux lenteurs du titulaire de l'obligation.

Le paiement à l'échéance, s'il est un devoir du débiteur, est également en quelque sorte un droit pour lui : il a le droit d'être déchargé de sa dette à ce moment. Il pourra donc, si le créancier ne se présente pas, consigner suivant les formes du décret du 6 thermidor an III, qui règle les formalités de la consignation pour les billets à ordre et autres effets négociables. Formalités très simples : la somme est versée à la Caisse des dépôts et consignations, laquelle en délivre un acte de

(1) *Contra* DEBRAY : *La clause à ordre*, p. 245, étend l'article 146 C. co. à tout titre à ordre en fondant cette disposition sur le caractère négociable qui résulte de cette clause, ce qui est peu satisfaisant : en quoi le créancier aurait-il intérêt à conserver une créance parce qu'elle est négociable ? parce qu'il peut la réaliser rapidement ; or, le débiteur offre justement de le payer. Le véritable fondement est l'intérêt que peut avoir le débiteur à conserver une lettre de change payable sur une autre place. THALLER : *Dr. com.*, n° 1504.

dépôt ; cet acte sera remis à l'endossataire du titre lorsqu'il se décidera à se présenter. On ne peut, en notre matière, recourir à la procédure ordinaire des offres réelles : comment le débiteur pourrait-il signifier au créancier puisqu'il ignore son nom ?

Si au contraire le débiteur ne peut payer à l'échéance et sollicite un délai de grâce, faudra-t-il le repousser par extension de l'article 157 du Code de commerce, qui interdit aux juges d'accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change ? L'article 157 du Code de commerce n'est qu'une conséquence, et de l'obligation de dresser protêt, et de l'organisation des recours en cas de non paiement d'un effet de commerce. Il n'y a donc pas lieu de l'appliquer aux créances civiles à ordre et il n'y a aucun inconvénient à permettre au juge d'accorder s'il y a lieu des délais de grâce au débiteur (1).

165. — Le paiement effectué, le débiteur est libéré. Mais il ne devra pas se contenter de la quittance du créancier et exigera la remise du titre (2). L'oubli de cette précaution pourrait permettre au créancier de lancer à nouveau le titre dans la circulation, puisque rien ne s'oppose à l'endossement d'une créance à ordre après l'échéance, et, lorsqu'un endossataire de bonne foi viendrait à nouveau réclamer le paiement au débiteur, celui-ci serait obligé de s'exécuter. C'est à lui, en effet, et non à l'endossataire de bonne foi, de supporter

(1) BÉDARRIDE : *Lettre de ch.*, t. II, n° 449. — NOUGUIER : *Lettre de ch.*, t. I, n° 927. — LYON-CAEN et RENAUT : *Traité*, t. IV, n° 471. — Cass. req. 31 juill. 1817. S.C.N., t. V (1815-1818), I, 356.

(2) BEUDANT, note sous cass.civ., 8 mai 1878. D. 1878, I, 241. — LEFORT : *Assur. vie*, t. II, p. 180, note 5.

les conséquences de la faute qu'il a commise en ne retirant pas le titre.

Il peut arriver que le créancier accepte le paiement partiel offert par le débiteur incapable d'effectuer le paiement intégral de la dette. En ce cas, le débiteur n'aurait évidemment pas le droit d'exiger la remise du titre, mais il devra réclamer que mention soit faite sur l'acte de créance des versements effectués (1).

166. — Les autres modes d'extinction restent soumis aux règles du Droit civil, sous le bénéfice des observations que nous venons de faire à propos du paiement. — Rien n'empêche le titulaire d'une créance à ordre de s'entendre avec le débiteur pour la nover, ou d'accorder à celui-ci la remise de sa dette. — La compensation s'effectuera normalement dans le cas où celui qui vient réclamer paiement du titre à l'échéance est lui-même débiteur de celui à qui il réclame ; mais la compensation n'est réalisée que le jour où la qualité de créancier s'est fixée définitivement, c'est-à-dire le jour de la présentation (2). — La confusion éteindra la dette, qu'elle se réalise en suite d'un décès (le créancier hérite du débiteur ou réciproquement), ou de l'endossement au débiteur de la créance souscrite par lui (3).

167. — Quant à la prescription, au bout de quel temps sera-t-elle accomplie ? La question possède une

(1) Cfr. VIDARI : *Corso di diritto commerciale*, t. II, n° 2062.

(2) En ce sens MOUCHET : De la compensation dans les chèques, dans *Ann. dr. com.*, 1889, II, p. 39, critiquant un arrêt de la Cour de Dijon du 6 mai 1887, S. 1888, II, 5, d'après lequel la compensation serait reportée au jour de création de l'effet. — Cfr. SALEILLES : *Théor. génér. de l'obl.*, n° 280, p. 311.

(3) C'est l'opinion de KUNTZE : *Inhaberpap.*, p. 325 : l'acquisition du titre par le débiteur éteint définitivement le droit que le titre constate.

importance toute particulière : en effet, le titulaire d'une créance à ordre perdue sera payé plus ou moins tôt suivant que la prescription viendra plus ou moins vite garantir le débiteur contre les risques d'un double paiement. L'article 189 du Code de commerce dispose que toute action, dérivant d'une lettre de change ou d'un billet à ordre souscrit par un négociant, se prescrit par cinq ans et l'article 432 du Code de commerce étend cette disposition aux contrats à la grosse et aux polices d'assurances maritimes.

Les termes mêmes de cet article en fixent la portée limitée ; on ne retrouve rien de semblable, ni pour le récépissé, ni pour les warrants, etc., ce qui prouve bien sa nature spéciale. Impossible donc de l'appliquer aux créances civiles à ordre (1), qui restent par suite soumises à la prescription de droit commun, c'est-à-dire trentenaire (art. 2262 du Code civil), avec, pour point de départ, le jour de l'échéance, conformément à l'article 2257 du Code civil (2).

Pareille prolongation est pleine d'inconvénients et de dangers pour le débiteur mais il est impossible de tourner les dispositions légales. C'est une raison de plus

(1) ALAUZET : *Traité général des assurances*, t. II, n° 530. — BOISTEL, n° 845. — LYON-CAEN et RENAUT : *Traité*, t. IV, n° 531. — Cass. req., 8 mai 1899, S. 1900, I. 87. — La prescription de cinq ans ne s'applique même au billet à ordre que s'il est souscrit par un commerçant (art. 189, C. com.) : Trib. com. Seine, 6 août 1901. Journal des trib. de com., 1903, 238. — Trib. com. Bordeaux, 24 juill. 1902. Mémorial de Bordeaux, 1902, I, 299.

(2) La doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens : BAILLY. *De la clause à ordre dans les polices d'assur. sur la vie et maritimes*, t. I, n° 128. — LEFORT : *Assur. vie*, t. II, p. 116. — PATINOT : dans *Rev. pratique*, 1869, I, p. 55. — RIVIÈRE : *Répétitions écrites sur le Code de com.*, 3^e éd., sur co. 189, p. 345. — Paris, 13 déc. 1851, D. 1855. V. 34.

qui vient s'ajouter à toutes celles que nous avons rencontrées déjà de souhaiter une loi d'ensemble sur les titres à ordre, loi qui fasse aux créances civiles affectées de cette clause la place qui leur est due.

Vu :
J. HÉMARD.

Vu : LE DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 20 mars 1905,

LE RECTEUR : E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	1
INTRODUCTION	5
1-4. Circonstances économiques qui ont amené l'appari- tion de la clause à ordre. — Ses avantages pour le commerce	5
5-12. L'extension progressive de la clause à ordre. — Ses étapes législatives. — Son extension autorisée par la coutume à quelques contrats.	8
13-20. Le problème de son extension à toute créance civile. — Nécessité d'un procédé rapide et peu coûteux de transmission des créances civiles. — Avanta- ges économiques de la clause à ordre dans ces créances, et spécialement dans les contrats de prêt à intérêt, dans les factures et les assurances contre l'incendie.	13
21. Division du sujet.	22

LIVRE PREMIER

De la création des créances civiles à ordre.	25
---	-----------

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE A ORDRE.	27
23. Nécessité de la déterminer.	27
24. Les théories de l'ancien droit.	28
25. Le problème de la clause à ordre.	30

Section première.

<i>De l'engagement unilatéral.</i>	32
26-27. Origine de cette théorie. — Son adoption par le Code civil allemand	32
28-29. La Personnifikationstheorie (Bekker et Muther. Stein	34
30-32. La Kreationstheorie (Siegel, Cosack, Grünhut, Kuntze, Rocco, Bluntschli, etc.)	35
33-34. L'Emissionstheorie (Stobbe, Förster, Worms, Carlin, etc.)	41
35-37. Avantages de ces théories. — Leur critique.	43

Section deuxième.

<i>Théories de la stipulation pour autrui.</i>	48
38-41. Examen et critique de ces théories (Lambert, Worms, Julliot, etc. — Théorie de Vivante).	48

Section troisième.

<i>Théories contractuelles.</i>	54
§ I. — <i>Théories donnant à l'endossataire un droit dérivé.</i>	55
43. Théories de la cession	55
44-47. Examen et critique des théories fondées sur cette idée (Wahl, Beudant, Pascaud, Boistel, etc.).	57
§ II. — <i>Théories donnant à l'endossataire un droit direct.</i>	61
48-52. — Quels sont les divers fondements proposés de ce droit direct ? (Saleilles, Jolly, Goldschmidt, etc.)	61
53-55. La théorie de l'offre. — Adoption de cette théorie	67

Section quatrième.

<i>Le rôle du papier.</i>	71
56-59. Différentes théories proposées (Waaren-, Eigenthums- et Abstraktionstheorie.	71
60. Leur critique.	77

CHAPITRE II

LÉGITIMITÉ DE L'EXTENSION DE LA CLAUSE A ORDRE AUX CRÉANCES CIVILES.	80
61. La nature juridique de la clause à ordre permet cette extension.	80
62. Mais est-elle possible dans l'état actuel de la légis- lation?	82
§ I. — <i>La clause à ordre peut-elle être insérée dans les créances civiles?</i>	83
63. Position de la question.	83
64-65. A). Réponse absolument négative de la jurispru- dence à l'origine et de quelques auteurs	84
66. Réfutation de ce système. L'article 1690 du Code civil n'est pas d'ordre public.	86
67. B). Système de l'extension aux seules créances commerciales	91
68. C). Système de l'extension aux seules créances d'ar- gent à échéance fixe.	94
69. D). Système de l'extension à toutes créances civiles sans distinction.	97
§ II. — <i>De la clause à ordre dans les titres consti- tant un droit réel.</i>	99
70-71. L'endossement ne peut transférer les droits réels à l'égard des tiers	99

Appendice.

72. Allemagne	102
73. Italie.	104

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXISTENCE DES CRÉANCES CIVILES A ORDRE. .	106
74. Indication de la méthode à suivre.	106

Section première.

<i>La créance civile est affectée de la clause à ordre dès sa naissance.</i>	107
§ I. — <i>Conditions de forme</i>	107
75. Nécessité de l'écriture	107
76. Application aux créances à ordre des règles civiles sur les obligations.	109
77. Enonciations que doit contenir la créance civile à ordre	110
§ II. — <i>Conditions de fond</i>	115
78-82. Consentement. — Sanction de l'absence ou des vices du consentement.	115
83-84. Capacité. — Sanction de l'incapacité.	121
85. Objet	123
86-89. Cause. — Sanction de l'absence ou du vice de la cause. De la simulation	124

Section deuxième.

<i>La clause à ordre est insérée dans une créance civile préexistante.</i>	132
90-91. Règles à suivre. — L'insertion de la clause opérè-t-elle novation?	132
92. Suppression de la clause à ordre dans une créance qui la contenait	137

LIVRE II

Influence de la clause à ordre sur la transmission de la créance civile.	139
93-95. De la transmission de la créance à ordre par un autre mode que l'endossement	139

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE L'ENDOSSEMENT.	145
96-97. Aperçu historique sur l'endossement	145

98-101. Exposé et critique des théories qui donnent à l'endossataire un droit dérivé de celui de l'endosseur (Lyon-Caen et Renault, Jacobi, Galuppi)	147
102. Théorie donnant à l'endossataire un droit à la fois direct et dérivé (Grünhut).	151
103-105. Nature de l'endossement d'après les principaux systèmes relatifs à la nature du titre à ordre (Pothier, Thöl, von Gröning, Jolly, etc.).	152
106. La Successivoriginarbildung (Goldschmidt, Stobbe).	154
107. Théories qui voient dans l'endossement une délégation (Gide, Unger, Thaller)	156
108. Nature de l'endossement pour la théorie de l'offre.	159

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE DE L'ENDOSSEMENT DES CRÉANCES CIVILES.	161
---	-----

Section première.

<i>Conditions de forme.</i>	161
110 Ecriture sur le titre même.	161
111-116. Les mentions exigées pour l'endossement des effets de commerce le sont-elles pour l'endossement des créances civiles ? — Examen critique de chacune d'elles.	162

Section deuxième.

<i>Conditions de fond.</i>	173
117. Consentement. — Cas de faux.	174
118. Capacité	175
119. Objet. — De l'endossement partiel.	176
120. Cause	178
121. Conditions de temps de l'endossement. — De la ratification de l'endossement ; de l'endossement après l'échéance.	178

CHAPITRE III

EFFETS DE L'ENDOSSEMENT DES CRÉANCES CIVILES.	181
---	-----

Section première.

<i>Effets de l'endossement entre les parties.</i>	181
---	-----

123. Il y a désignation d'un nouveau créancier.	181
124-125. Obligation de l'endosseur à la garantie.	183

Section deuxième.

<i>Effets de l'endossement à l'égard des tiers.</i>	192
---	-----

126. Détermination des tiers	192
--	-----

§ I. — <i>Effets à l'égard du débiteur</i>	193
--	-----

127. Extension de la règle de l'opposabilité des exceptions aux créances civiles.	193
---	-----

128. Classification des exceptions. — Lesquelles sont ou non opposables.	195
--	-----

129. De la bonne foi requise ordinairement de l'endossataire.	197
---	-----

§ II. — <i>Effets à l'égard des créanciers chirographaires.</i>	199
---	-----

130. La saisie-arrêt des créances civiles à ordre est-elle possible ?	199
---	-----

131. Règles particulières.	202
------------------------------------	-----

132. De l'enregistrement.	203
-----------------------------------	-----

CHAPITRE IV

DE LA TRANSMISSION PAR L'ENDOSSEMENT DES SURETÉS RÉELLES ATTACHÉES A LA CRÉANCE CIVILE A ORDRE . .	206
--	-----

133-134. De l'hypothèque créée à ordre indépendamment de toute créance. — Système des cédulas hypothécaires (loi du 9 messidor an III, projet de la commission du cadastre).	206
--	-----

135. Les créances notariées hypothécaires affectées de la clause à ordre. — Leur validité résulte de ce que	
---	--

TABLE DES MATIÈRES

267

la clause à ordre n'empêche le jeu d'aucune règle hypothécaire	209
136. Examen à ce point de vue des règles relatives à la constitution de l'hypothèque (création de l'obligation hypothécaire et inscription).	210
137. Examen des règles relatives à la circulation de l'hypothèque	212
138-139. Examen des règles relatives à son extinction (difficultés soulevées par la purge).	214
140-141. La créance civile à ordre peut donc être garantie par une hypothèque. — Conséquences particulières.	217
142-143. Autres combinaisons possibles pour obtenir la circulation de l'hypothèque par endossement.	220

CHAPITRE V

ENDOSSEMENTS PARTICULIERS : ENDOSSEMENT DE PROCURATION ; ENDOSSEMENT EN BLANC ; ENDOSSEMENT PIGNORATIF	223
--	-----

Section première.

<i>Endossement de procuration de la créance civile.</i> . . .	224
§ I. — <i>Endossement de procuration expresse</i> . . .	224
145. Application aux créances civiles des règles des effets de commerce.	224
§ II. — <i>Endossement de procuration tacite</i>	225
146-147. Application aux créances civiles de la règle que tout vice de forme de l'endossement le fait présumer comme de procuration.	225
148. De la preuve contraire de cette présomption. . . .	228
149. Du droit pour l'endossataire irrégulier de faire un endos translatif de propriété	229

Section deuxième.

<i>Endossement en blanc des créances civiles.</i>	232
150. Les règles des effets de commerce s'appliquent aux créances civiles.	232
151. Donation manuelle des créances civiles à ordre . . .	235

Section troisième.

<i>Endossement pignoratif des créances civiles.</i>	236
152. Utilité des créances civiles à ce point de vue	236
153-156. Formalités nécessaires à la mise en gage des créances civiles.	237
157-158. Effets de l'endossement pignoratif.	243

LIVRE III

De l'extinction des créances civiles à ordre	247
160-165. Modifications aux règles posées par le Code civil pour le paiement résultant de ce que la créance est affectée de la clause à ordre.	248
166. Des autres modes d'extinction.	257
167. De la prescription.	257

